

ANDRE BUENO
DA SILVEIRA

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E TEORIA DOS JOGOS

A nova interpretação
das consequências e
temas correlatos

3ª edição
Revista e atualizada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



Fundação Professor
VALLE FERREIRA
Faculdade de Direito –
UFMG

A UNIVERSIDADE DE CHICAGO

3.1 INTRODUÇÃO E NOTA METODOLÓGICA DO CAPÍTULO

No capítulo anterior foram apresentados os antecedentes históricos e alguns conceitos jurídicos essenciais à compreensão da análise econômica do direito. Este olhar para o passado é fundamental para se entender o tipo de pensamento que influenciou o Direito e Economia. É muito mais fácil compreender o raciocínio de Richard Posner quando se estudam não apenas os autores que o influenciaram, principalmente Oliver Wendell Holmes Jr., mas também as ideias às quais Posner se contrapõe, nomeadamente, as posições defendidas pelo formalismo jurídico.

Neste capítulo será estudado o rico contexto acadêmico em que foi cultivada a análise econômica do direito, que é a Universidade de Chicago, EUA. A obra de Posner, na verdade, foi um passo importante de uma caminhada que havia sido iniciada muito antes, ainda na época do realismo jurídico. O trabalho de algumas pessoas na faculdade de direito da Universidade de Chicago, como Aaron Director, foi fundamental para que o Direito e Economia pudesse existir. A mesma coisa pode ser dita em relação ao departamento de economia daquela universidade. Com isso, é neste capítulo que serão estudados dois conceitos fundamentais da análise econômica do direito: a ideia de custos de transação, desenvolvida por Ronald Coase, professor da faculdade de direito, bem como o modelo do agente racional e a importância dos incentivos, desenvolvidos por Gary Becker no departamento de economia.

De maneira geral, enquanto as raízes do *Law and Economics* remontam a Adam Smith e Jeremy Bentham, este movimento surgiu como uma disciplina autônoma dentro da economia e do direito nos anos 1960 e 1970, graças ao trabalho de figuras notáveis como Ronald H. Coase, Guido Calabresi, Henry Manne, Gary Becker e Richard A. Posner¹.

Chama-se “Escola de Chicago” a maior parte da produção acadêmica que pode ser rotulada de *mainstream Law and Economics* (ou “doutrina majoritária” em análise econômica do direito), refletida nas páginas de importantes periódicos como o *Journal of Law and Economics*, o *Journal of Legal Studies*, o *American Law and Economics Review*, o *Research in Law and Economics*, além das obras de Ronald Coase, Gary Becker e Richard Posner, o maior expoente desta Escola². A história da análise econômica do direito na Universidade de Chicago começa bem antes do nascimento, na década de 1960, do “novo Direito e Economia”, que agora é conhecido pelo rótulo “Escola de Chicago”³. Mesmo que hoje existam outros centros de pesquisa que rivalizem com a Universidade de Chicago em matéria de análise econômica do direito nos EUA, e o *Law and Economics* tenha também começado a avançar para outros países, o pensamento desenvolvido naquela universidade ainda é muito influente.

A obra de Posner constitui o ápice da convergência da evolução histórica de correntes expressivas de pensamento econômico e jurídico dentro da Universidade de Chicago. Considerando a simbiose entre os pensamentos jurídico e econômico na análise econômica do direito, a evolução histórica deste movimento deve ser feita de forma cronológica, sem separação clara decorrente da especialização dos campos de estudo do direito e da economia.

Foi no âmbito da Universidade de Chicago que surgiu a mais expressiva corrente do movimento da análise econômica do direito. A partir da década de 1970, esta corrente de pensamento começou a disputar a hegemonia da teoria do direito predominante nos EUA. O *Law and Economics* surge de forma peculiar na Universidade de Chicago, ainda na época do realismo jurídico, desenvolve-se de forma autônoma em relação à teoria do direito predominante, e começa a rivalizar com esta como abordagem alternativa do direito a partir da década de 1970.

1. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 94.
2. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 94.
3. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 94.

3.2 A FACULDADE DE DIREITO

A interação entre o realismo jurídico e as outras áreas do conhecimento, nas décadas de 1920 e 1930, foi muito importante para reunir o direito e a economia⁴. Uma interação semelhante, mas com uma aparência distinta, começou quase ao mesmo tempo na Universidade de Chicago⁵. Dentro da faculdade de direito, as origens da *Chicago Law and Economics* remontam ao final da década de 1930, quando ela (faculdade de direito), sob a direção de Wilber Katz, instituiu um currículo de estudos jurídicos interdisciplinares de quatro anos, que incluiu cursos em economia e contabilidade⁶.

Segundo Edmund Kitch, um dos ilustres alunos de Aaron Director em Chicago e que posteriormente se tornou diretor do Programa de *Law and Economics* de Chicago:

Uma ligação entre o realismo jurídico e o direito e economia em Chicago que encontrei vai de William O. Douglas a Wilbur Katz, professor de direito e posteriormente diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. William O. Douglas, em 1929, escreveu um trabalho muito típico de realismo jurídico que foi publicado no *Illinois Law Review*. Não foi um trabalho substancial. Chamava-se “Uma Abordagem Funcional do Direito das Associações Empresariais”. Foi um chamado para um afastamento da categorização – o que ele chamou de teologia, ou a classificação por tipos empresariais: parceria, corporação e assim por diante – para uma abordagem funcional. O artigo não ajuda muito em dizer ao leitor o que isso realmente significa ou como isso é feito. Eu posso lhe dar um pouco do sabor citando: “A análise foi dirigida aos fatores básicos em questão. As forças econômicas e sociais em jogo foram examinadas. A ênfase começou a mudar do veículo empregado para a função desempenhada; da forma de unidade a fatos empíricos, de uma teologia estática a postulados declarados em termos de comportamento humano.” Foi um chamado para uma nova abordagem ao campo. De um *review* que Katz publicou em 1940 sobre o que viria a ser por um período o principal *casebook* na área, podemos ver que Katz considerava esse artigo de Douglas como um importante apelo metodológico. Na verdade, em 1931, Chicago fez uma bela oferta a Douglas de magistério,

4. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.
5. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.
6. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.

uma oferta que ele inicialmente aceitou mas depois rejeitou. Katz também esteve envolvido em discussões em Chicago na última metade da década de 1930 sobre um currículo de direito de quatro anos. [...] A ideia do currículo de quatro anos era tornar a faculdade de direito disponível para os estudantes antes que eles tivessem completado os quatro anos do B.A., se tivessem talento para isso e interesse em fazer direito. Ao pensar sobre essa proposta, ficou claro que, se os estudantes chegassem à faculdade de direito sem os quatro anos completos do B.A., então seria necessário proporcionar-lhes na faculdade de direito uma formação profissional menos específica e uma formação mais geral em assuntos de base que complementariam o estudo do Direito. [...] Esta proposta foi interrompida pela Segunda Guerra Mundial e pelo pós-guerra. [...] Mas a influência do realismo jurídico significava que quando os professores examinavam quais eram os assuntos complementares que os alunos deveriam estudar, juntamente com os cursos tradicionais, formais de direito, as ciências sociais eram muito proeminentes, com a economia entre elas. Foi a necessidade prática de ensinar economia na faculdade de direito que levou à nomeação de Henry Simons, um economista, como professor de economia na faculdade de direito em 1939.⁷

Em 1939, a faculdade de direito nomeou seu primeiro economista, Henry Simons, para o corpo docente⁸. Simons foi professor no departamento de economia e ex-aluno de Frank Knight, que é considerado, em vários aspectos, o pai da moderna tradição da teoria dos preços da economia da Universidade de Chicago⁹.

A nomeação de Simons para a faculdade de direito foi o auge de uma série de disputas políticas entre Frank Knight e Paul Douglas no departamento de economia¹⁰. Douglas (que foi um forte proponente do pensamento keynesiano e defensor da intervenção do Estado na economia) e outros professores dentro do departamento de economia lutaram contra a promoção e posse de Simons¹¹. Como resultado, Simons foi nomeado para a faculdade de direito para ministrar um curso intitulado “Análise

7. KITCH, Edmund W. The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970 In *The Journal of Law and Economics*, vol. 26, 1983, pp. 166-167.

8. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.

9. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.

10. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.

11. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.

Econômica de Política Pública” (essencialmente um curso para advogados de microeconomia aplicada)¹². Em 1945, Simons foi promovido a professor titular e se tornou o primeiro economista cuja docência (*tenure*) foi garantida na faculdade de direito¹³.

Em meados da década de 1940, Simons se estabeleceu como um grande colaborador, mas não de forma seminal, no topo do movimento de Direito e Economia de Chicago¹⁴. Sua visão de que o direito deveria ser estruturado de modo a promover mercados competitivos refletia a perspectiva que veio para ser associada ao *Chicago Law and Economics*¹⁵. Sua docência na faculdade de direito ajudou a estabelecer uma base sólida e a fornecer um ambiente receptivo para o campo, então emergente, do Direito e Economia¹⁶. Simons ajudou a garantir a continuidade e o crescimento do *Chicago Law and Economics* por meio do papel que desempenhou (junto a Friedrich A. Hayek e com o apoio financeiro do *Volker Fund*) em trazer para a faculdade de direito o maior responsável pelo estabelecimento da tradição do Direito e Economia de Chicago, Aaron Director¹⁷.

Director foi aluno de Frank Knight e também foi membro do departamento de economia no início dos anos 1930¹⁸. Ele foi autor de artigos que tinham uma aparência distinta da teoria dos preços de Chicago¹⁹. Depois de estar ausente por um curto período, Director retornou à Universidade de Chicago em 1946²⁰. Simons conclamou a faculdade de direito a ter Aaron

12. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.
13. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 95.
14. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., pp. 95-96.
15. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
16. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
17. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96. Curiosamente, Director, apesar de ser historicamente considerado um grande nome do liberalismo econômico (ele era, inclusive, cunhado de Milton Friedman), era, originariamente, nascido no Império Russo, na cidade de Staryi Chortoryisk, no Governorado de Volínia (hoje território da Ucrânia), e durante a sua juventude foi um radical de esquerda. BERNSTEIN, Adam. Aaron Director Dies at 102; Helped Fuse Economics, Law In *The Washington Post*, Washington, EUA, 14 Sep 2004. Disponível em: [<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A19198-2004Sep13.html>]. Acesso em: 12 mar 2019.
18. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
19. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
20. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.

Director na direção de um centro universitário (afiliado à faculdade de direito) dedicado a empreender um estudo de um quadro jurídico e institucional adequado a um sistema competitivo eficaz²¹. Ele foi nomeado para essa posição em 1946²². Director também assumiu a responsabilidade pelo ensino do curso sobre “Análise Econômica de Política Pública” de Simons, que morreu no verão de 1946²³.

Após a sua nomeação para a faculdade de direito, Director foi convidado por Edward Levi para colaborar no ensino do curso de direito antitruste (direito concorrencial)²⁴. Director continuou lecionando no curso ao longo do tempo na faculdade de direito, e foi durante esse período que a abordagem de Chicago ao direito antitruste começou a emergir como um corpo distinto de pensamento²⁵. Antitruste tinha sido uma área do direito particularmente aberta à influência de ideias provenientes da economia, e foi por meio do ensino deste curso que Director, munido das ferramentas da teoria dos preços, teve um impacto enorme tanto nos estudantes quanto em muitos de seus colegas professores na faculdade de direito²⁶.

Os alunos de direito antitruste de Director, muitos dos quais seguiram para carreiras bem-sucedidas como economistas, falavam da “conversão” que tiveram naquele curso²⁷. Levi ministrava um curso de direito antitruste tradicional durante quatro dias por semana e, em seguida, Director entrava no quinto dia²⁸. Usando as ferramentas da teoria dos preços, Director mostrava que a abordagem jurídica tradicional não tinha como resistir aos rigores da análise microeconômica²⁹. O resultado foi que os alunos

21. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
22. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
23. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
24. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
25. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
26. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
27. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 96.
28. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., pp. 96-97.
29. Segundo Posner: “The ‘kinked demand curve,’ ‘workable competition,’ ‘cutthroat competition,’ ‘leverage,’ ‘administered prices,’ and the other characteristic concepts of the industrial organization of this period had this in common: they were not derived from and were often inconsistent with economic theory, and in particular with the premises of rational profit maximization. They were derived from observation, unsystematic and often

aprenderam que havia um sistema de análise, a teoria dos preços, que era bastante relevante para os assuntos tratados na faculdade de direito, e que era muito mais poderoso do que qualquer lição que os professores de direito tinham a ensinar a eles³⁰.

Director ensinou aos seus alunos que o objetivo apropriado para o direito antitruste era a promoção da eficiência³¹. Refletindo a ênfase na tradição de Chicago sobre a eficácia do sistema competitivo, o monopólio era visto como ocasional, instável e transitório – um resultado potencial do processo competitivo, mas algo que logo seria removido (em efeito, se não em existência) por pressões competitivas³². Diante disso, a rigorosa aplicação do direito antitruste era considerada desnecessária e, mesmo quando se demonstrava que os monopólios geravam ineficiências a longo prazo, a cura estatal era frequentemente pensada como pior que a doença, devido às ineficiências do Estado³³. A Escola de Chicago de direito antitruste tornou-se extremamente influente ao longo dos anos³⁴.

Contudo, o impacto de Director na faculdade de direito foi muito além do direito antitruste: ele foi o principal impulsionador da profissionalização

superficial, of business behavior. Director's approach was the opposite. He explained tie-ins, resale price maintenance, and other business behavior described in antitrust cases not by studying the practices but by looking for an explanation for them that squared with basic economic theory." POSNER, Richard A. *The Chicago School of Antitrust Analysis* In *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1978, p. 931. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 97.

30. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 97.
31. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 97.
32. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 97.
33. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 97.
34. De acordo com Guido Calabresi: "The whole reconception of antitrust law that occurred in the latter part of the twentieth century in response to that scholarly approach [Economic Analysis of Law] is a dramatic example of its power and effectiveness." CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven and London: Yale University Press, 2016, pp. 15-16. Segundo Posner: "Aaron's skepticism about government has, I think, affected people as to what they think about divestiture and very elaborate antitrust remedies. The notion of deconcentrating the American economy through a new statute, an idea now in the dustbin of history, is an idea that Aaron and his students were firmly opposed to. Aaron suggested to me that I complete a project that he had started with a student. That was to do some descriptive statistics on antitrust enforcement, using the CCH Bluebook, a catalog of all the Department of Justice antitrust complaints, to see what had been the focus and characteristics of Department of Justice enforcement activity. This type of study of the enforcement process has now become a small field of study. I had always thought of Lester's resale price maintenance, his theory of dealer's services, as Aaron's idea. I'm assuming this is true. That idea, first developed by Lester and then popularized to lawyers by Bob Bork and others, has apparently had an impact on the Supreme Court and led to a significant change in antitrust policy. That's the most direct evidence I can think of that these Chicago ideas actually found their way to the Supreme Court and changed the law." KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 208.

inicial do *Chicago Law and Economics*³⁵. Director estabeleceu formalmente o primeiro programa de Direito e Economia do país (derivado do projeto antitruste da escola), que manteve bolsas de estudo para pesquisadores de Direito e Economia, estabeleceu o *workshop* na faculdade de direito (uma arena de debate vigoroso sobre questões da pesquisa atual, que já era até então uma tradição estabelecida no departamento de economia) e, em 1958, fundou o *Journal of Law and Economics*³⁶. Ao longo de sua docência em Chicago, ele transmitiu uma mensagem persuasiva aos alunos – a ideia de que a regulação era uma função apropriada aos mercados, e não ao Estado³⁷. Esta mensagem foi uma das causas que, muitas vezes, acarretaram derrotas do raciocínio jurídico para a análise econômica, e foi para os estudantes de direito uma mensagem que era, ao mesmo tempo, desconhecida e, ainda assim, paradoxalmente, bastante compreensível³⁸.

Entretanto, o interesse que as faculdades de direito tinham em economia não decorreu de nenhum pensamento explicitamente anti-intervencionista do Estado no sistema econômico³⁹. Essencialmente, o interesse das faculdades de direito surgiu da ideia de que o ordenamento jurídico gerava impactos no sistema econômico⁴⁰. Assim, era preciso aprender a lidar com estes impactos⁴¹. E talvez os economistas soubessem algo sobre como fazer isso corretamente⁴².

Por exemplo, quando se observam os trabalhos de Katz ou mesmo de Simons, é possível encontrar muita ambivalência sobre a questão de o Estado intervir ou não na economia⁴³. Porém, já que a atuação do Estado poderia ter impactos no sistema econômico, havia a ideia de que as faculdades de

35. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., pp. 97-98.

36. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

37. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

38. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

39. KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 175.

40. KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 175.

41. KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 175.

42. KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 175.

43. KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 175.

direito deveriam ajudá-lo a fazer isso corretamente⁴⁴, o que revelava até mesmo uma certa contradição entre esta ideia (também influenciada pelo realismo jurídico e pelo institucionalismo dos anos 1930) e os posicionamentos anti-intervencionistas de Chicago⁴⁵. A diferença entre a defesa de uma menor ou maior intervenção do Estado na economia é utilizada, inclusive, como critério para distinguir a antiga e a nova Escola de Chicago⁴⁶.

3.2.1 Ronald Coase e os custos de transação

A ideia de estudar como o ordenamento jurídico gera impactos no sistema econômico motivou grande parte do trabalho de um dos principais fundadores do *Chicago Law and Economics*, Ronald H. Coase⁴⁷, que, assim como Aaron Director, teve enorme influência na formação da análise econômica do direito.

Coase se formou na *London School of Economics*, Inglaterra, e atuou no corpo docente daquela instituição de 1935 a 1951, quando emigrou para

44. KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., pp. 175-176.

45. Como aponta Milton Friedman: "You have a paradox that comes out of what all of you have been saying. You're saying that the real antecedent to the conjunction of law and economics was the institutional economists and legal realists who wanted to intervene from a particular point of view, who were trying to reshape society, and then you come to the next stage in which the person whom you're going to turn to, Henry Simons, represented all of the opposite tendencies. The natural development of legal economics at the University of Chicago then centered on a person who was opposed to almost everything that the institutionalists and legal realists stood for." KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 176.

46. De acordo com Lawrence Lessig: "Both the old school and new share an approach to regulation that focuses on regulators other than the law. Both, that is, aim to understand structures of regulation outside law's direct effect. Where they differ is in the lessons that they draw from such alternative structures. From the fact that forces outside law regulate, and regulate better than law, the old school concludes that law should step aside. This is not the conclusion of the new school. The old school identifies alternative regulators as reasons for less activism. The new school identifies alternatives as additional tools for a more effective activism. The moral of the old school is that the state should do less. The hope of the new is that the state can do more. [...] The New Chicago School aims at a different end. It shares with the old an interest in these alternative modalities of regulation. And it adopts as well a rational choice perspective that would help understand these modalities alternative to law. But unlike the old school, the new school does not see these alternatives as displacing law. Rather, the new school views them as each subject to law – not perfectly, not completely, and not in any obvious way, but nonetheless, each itself an object of law's regulation. Norms might constrain, but law can affect norms (think of advertising campaigns); architecture might constrain, but law can alter architecture (think of building codes); and the market might constrain, but law constitutes and can modify the market (taxes, subsidy). Thus, rather than diminishing the role of law, these alternatives suggest a wider range of regulatory means for any particular state regulation. Thus, in the view of the new school, law not only regulates behavior directly, but law also regulates behavior indirectly, by regulating these other modalities of regulation directly." LESSIG, Lawrence. *The New Chicago School* In *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, 1998, pp. 661-666.

47. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

os Estados Unidos da América⁴⁸. Ele ocupou cargos na Universidades de Búfalo e na Universidade da Virgínia, nos EUA, antes de se mudar para a faculdade de direito da Universidade de Chicago em 1964⁴⁹. Embora Coase esteja intimamente associado à Escola de Chicago, seu artigo seminal, *The Problem of Social Cost* (O Problema do Custo Social), que é a pedra angular da literatura do *Chicago Law and Economics*, foi escrito vários anos antes dele chegar a Chicago⁵⁰. Uma das principais razões de Coase para ir para a faculdade de direito foi assumir a atividade editorial (com Director) do *Journal of Law and Economics*⁵¹.

Nas palavras do próprio Coase (em tom de ironia):

E eu acho que nunca teria vindo para a Universidade de Chicago se não fosse pela existência do *Journal of Law & Economics*. Isso é o que eu queria fazer. Eu queria fazer o que Aaron tinha começado, de modo que toda a profissão [sic] – e quando digo a profissão, quero dizer a profissão de economista; não tenho interesse em advogados ou ensino jurídico [riso]⁵².

O fato de alguém declaradamente indiferente ao ensino jurídico ter se tornado uma figura tão importante na evolução da análise econômica do direito é, por si só, um episódio interessante na história das ideias⁵³. Mas Coase não previu que a influência de suas percepções em *The Problem of Social Cost* seria, no estudo do direito, tão grande quanto ou maior que sua influência no estudo da economia⁵⁴.

48. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

49. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

50. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

51. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 98.

52. De acordo com Coase: "COASE: I should explain that when I came to the University of Chicago [...]. He [Director] got the doctrine going, and what I had to do was bring it to the gentiles. And I don't think I would have ever come to the University of Chicago had it not been for the existence of the Journal of Law & Economics. That's what I wanted to do. I wanted to get what Aaron had started going so that the whole profession – and when I say the profession, I mean the economics profession; I have no interest in lawyers or legal education [laughter]. Never have had. Once quite early on I explained that I felt a little unhappy at the law school because I didn't have any interest in legal education. I explained this to Phil Neal, and he said, 'Oh well, you let me worry about that' [laughter]. 'Don't you worry about that.'" KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op. cit., p. 192.

53. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 99.

54. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and The Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*, op. cit., p. 99.

Coase escreveu muito pouco, mas sua porcentagem de acertos é muito alta⁵⁵. Mais precisamente, ele escreveu dois grandes artigos teóricos, publicados com uma distância de 25 anos entre eles, mas que constituem uma continuação do mesmo tema, e que lhe valeram o Prêmio Nobel de Economia em 1991. Os artigos são *The Nature of the Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1960)⁵⁶. Este último é um dos artigos mais citados na economia em todos os tempos, e introduziu o chamado *Teorema de Coase* (este termo não foi cunhado por Coase, mais sim, posteriormente, por George Stigler)⁵⁷. O principal aspecto deste teorema é direcionar a atenção dos economistas a uma faceta negligenciada, mas muito importante do sistema econômico: os custos da transação no mercado⁵⁸.

O Teorema de Coase sustenta que, quando os custos de transação de mercado são zero, a atribuição inicial de direitos pelo ordenamento jurídico é irrelevante para a eficiência, uma vez que, se a atribuição é ineficiente, as partes vão retificá-la por uma transação corretiva⁵⁹.

Este teorema possui dois corolários (proposições que dele derivam) importantes. O primeiro é que o direito, na medida em que esteja interessado em promover eficiência econômica, deve tentar minimizar os custos de transação, por exemplo, quando define direitos de propriedade claramente, torna-os prontamente transferíveis, e cria soluções baratas e eficazes para o descumprimento de contratos⁶⁰. O segundo corolário do Teorema de Coase é que, nas situações em que, apesar dos melhores esforços do direito, os custos de transações de mercado permaneçam altos, o direito deve simular a alocação de recursos do mercado, atribuindo direitos de propriedade aos usuários de maior valor⁶¹. Um exemplo é a doutrina de uso justo (*fair-use doctrine*) de direitos autorais, que permite aos escritores publicarem citações curtas de um trabalho protegido por direitos autorais sem negociar com os detentores de tais direitos⁶². Os custos de tais negociações seriam normalmente proibitivos; se não fossem proibitivos, o resultado usual seria um acordo para permitir a citação,

55. POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, op. cit., p. 406.

56. POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, op. cit., p. 406.

57. POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, op. cit., p. 406.

58. POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, op. cit., p. 406.

59. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 06.

60. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 06.

61. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 06.

62. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 06. No Brasil, a doutrina do uso justo de direitos autorais está prevista, por exemplo, no art. 46 da Lei nº 9.610/98.

e a doutrina do uso justo traz o resultado que o mercado traria, se as transações de mercado fossem viáveis⁶³.

Para compreender o Teorema de Coase, é preciso entender a forma totalmente inovadora com que ele trata de assuntos tradicionalmente abordados pelo direito, como a questão da relação de causalidade envolvendo a poluição.

Segundo Coase, a obra *The Problem of Social Cost* tem como objeto de análise as ações de empresas que têm efeitos nocivos sobre as outras pessoas⁶⁴. O exemplo padrão é o da fumaça produzida por uma fábrica, que têm efeitos nocivos sobre aqueles que ocupam propriedades vizinhas a ela (fábrica)⁶⁵. A análise tradicional de tal situação geralmente procede com base na divergência entre os produtos privado e social da fábrica, concluindo-se que seria desejável uma das seguintes opções: i) responsabilizar o proprietário da fábrica pelos danos causados às pessoas prejudicadas pela fumaça; ii) impor um tributo sobre o dono da fábrica, variando de acordo com a quantidade de fumaça produzida e em termos monetários equivalentes ao dano causado; iii) forçar a fábrica a deixar áreas residenciais (e presumivelmente outras áreas em que a emissão de fumaça teria efeitos nocivos sobre a vizinhança)⁶⁶. Para Coase, estas formas de atuação são inadequadas, na medida em que levam a resultados que não são necessariamente, ou mesmo geralmente, desejáveis⁶⁷. Isso aponta a natureza contraintuitiva do teorema.

Segundo Coase, a abordagem jurídica tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita⁶⁸. A questão é comumente considerada da seguinte forma: se A causa danos a B, o que deve ser decidido é o que pode ser feito para impedir ou restringir a atuação de A⁶⁹. Para Coase esta abordagem, que é baseada em uma noção convencional de causalidade, está errada⁷⁰. E para demonstrar isso, ele utiliza uma abordagem completamente inovadora, ao deixar de lado a ideia de causalidade e sustentar que o problema (no caso, a poluição) tem natureza recíproca⁷¹. Segundo Coase,

63. POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, op. cit., p. 06.

64. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost In *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Oct/1960, p. 01.

65. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, op. cit., p. 01.

66. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, op. cit., pp. 01-02.

67. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, op. cit., p. 02.

68. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, op. cit., p. 02.

69. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, op. cit., p. 02.

70. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, op. cit., p. 02.

71. COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost, op. cit., p. 02.

evitar o dano a B causaria dano a A⁷². Com isso, a verdadeira questão a ser decidida é: deve-se permitir que A cause dano a B ou que B possa causar dano a A?⁷³ A questão é como evitar o dano mais grave⁷⁴. Note-se que Guido Calabresi teve um *insight* semelhante ao de Coase na obra *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, porém envolvendo acidentes automobilísticos e pedestres.

Um exemplo clássico que facilita a compreensão do Teorema de Coase (considerado em abstrato, e não formulado especificamente com base nas normas ambientais do direito brasileiro atual⁷⁵), é dado por Mitchell Polinsky. Considere-se uma fábrica cuja fumaça cause danos à roupa pendurada em varais ao ar livre por cinco moradores próximos⁷⁶. Na ausência de qualquer ação corretiva, cada morador sofreria um prejuízo de \$75, totalizando \$375 (estes valores são aleatoriamente atribuídos por Polinsky para fins do exemplo)⁷⁷. O dano causado pela fumaça pode ser eliminado de duas maneiras: um filtro de fumaça pode ser instalado na chaminé da fábrica, a um custo de \$150, ou cada morador pode obter uma secadora de roupas elétrica, a um custo de \$50 por morador⁷⁸. A solução eficiente é claramente instalar o filtro de fumaça, pois ele elimina os danos totais de \$375 a um custo de apenas \$150, além de ser mais barato do que comprar cinco secadoras de roupa por \$250⁷⁹.

Considere-se a situação com custo de transação zero. A pergunta feita por Coase é se o resultado eficiente adviria se o direito ao ar livre de poluição (*clean air*) fosse atribuído aos moradores ou se, em vez disso, o direito de poluir fosse concedido à fábrica⁸⁰. Se houver o direito ao ar livre de poluição, a fábrica terá três opções: poluir e pagar \$375 em

72. COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, op. cit., p. 02.

73. COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, op. cit., p. 02.

74. COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, op. cit., p. 02.

75. O exemplo clássico de Coase da fábrica pode causar estranheza a leitores brasileiros, que estão mais acostumados com uma abordagem tradicional de defesa do meio ambiente (art. 225 da Constituição Federal), notadamente diante da relevância das questões ambientais no início do século XXI. Mas o exemplo de Coase deve ser visto de forma mais ampla, quase que de forma abstrata. Além disso, há diversos exemplos mais inteligíveis aos brasileiros, como o fenômeno da “lei que não pega”, decorrente da desconsideração de altos custos de transação de *enforcement*. Esta questão será analisada mais adiante neste trabalho.

76. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 13.

77. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 13.

78. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 13.

79. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 13.

80. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 13.

indenização (valor que, abstratamente considerado – o exemplo é meramente hipotético e acadêmico e não leva em conta as normas ambientais do direito brasileiro –, tornaria os moradores indiferentes aos prejuízos sofridos), instalar um filtro de fumaça por \$150 ou comprar cinco secadoras de roupa para os moradores a um custo total de \$250⁸¹. Claramente, a fábrica instalaria o filtro de fumaça, a solução eficiente⁸². Se houver o reconhecimento do direito de poluir da fábrica, os moradores terão três opções: sofrer o dano coletivo de \$375, comprar cinco secadoras de roupa por \$250 ou comprar um filtro de fumaça para a fábrica por \$150⁸³. Os moradores comprariam o filtro de fumaça⁸⁴. Em outras palavras, o resultado eficiente será alcançado independentemente da atribuição do direito previsto pelo ordenamento jurídico⁸⁵.

Neste exemplo, foi presumido, implicitamente, que os moradores poderiam se reunir e negociar sem custos com a fábrica⁸⁶. Na linguagem de Coase, isso é chamado de suposição de custo de transação zero⁸⁷. Em geral, os custos de transação incluem os custos de identificação das partes com quem se deve negociar, os custos de se reunir com elas, os custos do próprio processo de negociação e os custos de implementação ou execução (*enforcement*) de qualquer acordo obtido⁸⁸. Com essa definição geral de custos de transação em mente, pode-se afirmar a versão simples do Teorema de Coase: se houver custo de transação zero, o resultado eficiente ocorrerá independentemente da escolha feita pelo ordenamento jurídico⁸⁹.

Contudo, é preciso notar que, embora a escolha da regra feita pelo ordenamento jurídico não afete a obtenção da solução eficiente, quando houver custo de transação zero, a escolha afeta a distribuição de renda⁹⁰. Se for reconhecido que os moradores têm o direito ao ar livre de poluição, a fábrica deve pagar \$150 pelo filtro de fumaça (o ônus financeiro recai sobre a fábrica), enquanto que se a fábrica tiver o direito de poluir, os moradores terão de pagar pelo filtro (o ônus financeiro recai sobre os moradores)⁹¹.

81. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 13.

82. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 13.

83. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., pp. 13-14.

84. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

85. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

86. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

87. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

88. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

89. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

90. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

91. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

Assim, a escolha da regra jurídica redistribui a renda no valor da solução de menor custo para o conflito⁹². Como se presume, por enquanto (no exemplo), que a renda pode ser redistribuída sem custos, esse efeito distributivo não tem maiores consequências, ou seja, se ele não for desejado, ele pode ser facilmente corrigido⁹³.

Considere-se, agora, uma situação com custos de transação positivos⁹⁴. A suposição de custo de transação zero, obviamente, não é realista em muitas situações de conflito⁹⁵. No mínimo, as partes em disputa, em geral, precisariam gastar tempo e dinheiro para se reunir e discutir o problema⁹⁶. Para se perceber as consequências dos custos de transação positivos, suponha, no mesmo exemplo, que custe a cada morador \$60 para se reunir com os outros (devido, por exemplo, aos custos de transporte e ao valor associado ao tempo dispendido)⁹⁷. Se for reconhecido que os moradores têm o direito ao ar livre de poluição, a fábrica, novamente, terá as opções de pagar a indenização, comprar um filtro de fumaça ou comprar cinco secadoras de roupas⁹⁸. A fábrica compraria novamente o filtro de fumaça, a solução eficiente⁹⁹. Se a fábrica tiver o direito de poluir, cada morador, agora, precisará decidir se deve suportar as perdas de \$75 (prejuízo individual), comprar uma secadora por \$50 ou reunir-se com os outros moradores por \$60 para comprar, coletivamente, um filtro de fumaça por \$150¹⁰⁰. Parece claro que cada morador escolherá comprar uma secadora, que é um resultado *ineficiente*¹⁰¹. Assim, dados os custos de transação descritos, o direito ao ar livre de poluição é eficiente, ao contrário do direito de poluir¹⁰².

Observe-se que, no exemplo, a regra prevista pelo ordenamento jurídico minimiza os efeitos dos custos de transação no seguinte sentido: com o direito ao ar livre de poluição, a fábrica tinha que decidir se pagaria indenização, instalar um filtro de fumaça ou comprar cinco secadoras de roupa¹⁰³. Como não era necessário que a fábrica se reunisse com os moradores para

92. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

93. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

94. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

95. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

96. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

97. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 14.

98. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., pp. 14-15.

99. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

100. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

101. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

102. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

103. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

decidir o que fazer, os custos de transação (os custos da reunião com os moradores) não tiveram nenhum efeito¹⁰⁴. Já com o direito de poluir, os moradores tinham que decidir o que fazer¹⁰⁵. Como os moradores foram induzidos a escolher uma solução ineficiente para evitar os custos de se reunir, os custos de transação tiveram um efeito¹⁰⁶. Assim, embora nenhum custo de transação tenha sido incorrido com o direito de poluir porque os moradores não se reuniram, os efeitos dos custos de transação foram maiores sob esta regra (direito de poluir)¹⁰⁷.

Pode-se afirmar, então, a versão mais complexa do Teorema de Coase: se houver custos de transação positivos, o resultado eficiente pode não ocorrer sob todas as normas previstas pelo ordenamento jurídico¹⁰⁸. Nessas circunstâncias, a regra jurídica que deveria ser preferida, em tese, é aquela que minimiza os efeitos dos custos de transação¹⁰⁹. Esses efeitos incluem tanto os custos de transação reais quanto as escolhas ineficientes induzidas pelo desejo de evitar custos de transação¹¹⁰.

As consequências distributivas das normas jurídicas são um pouco mais complicadas quando existem custos de transação¹¹¹. Não é mais válido dizer, como era quando havia custo de transação zero, que a escolha da regra redistribui a renda pelo valor da solução de menor custo¹¹². No exemplo, se os moradores tiverem o direito ao ar livre de poluição, a fábrica pagará \$150 pelo filtro de fumaça, enquanto que se a fábrica tiver o direito de poluir, os moradores pagarão \$250 por cinco secadoras de roupa¹¹³.

Embora a versão simples do Teorema de Coase faça uma suposição irreal sobre os custos de transação, ela fornece uma maneira útil de se pensar em problemas jurídicos, porque ela sugere os tipos de transação que teriam de ocorrer sob cada norma jurídica, para que ela seja considerada minimamente eficiente¹¹⁴. Uma vez identificadas essas transações necessárias, pode surgir a constatação de que, consideradas suposições mais realistas sobre os custos

104. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

105. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

106. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

107. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

108. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

109. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

110. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

111. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

112. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

113. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 15.

114. POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*, op. cit., p. 16.