



Revista Direito e Práxis

ISSN: 2179-8966

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Uchimura, Guilherme Cavicchioli; Lima, Iara Vigo de
Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown
Revista Direito e Práxis, vol. 9, núm. 4, 2018, Outubro-Dezembro, pp. 2143-2170
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DOI: 10.1590/2179-8966/2018/29913

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350959546006>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal

Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto

Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown

Law, violation and technicality: Law & Economics in Coase's and Brown's conceptions

Guilherme Cavicchioli Uchimura¹

¹Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: guilherme.uchimura@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2457-6349>.

Iara Vigo de Lima²

²Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: iaravigo@ufpr.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1471-6918>.

Artigo recebido em 7/08/2017 e aceito em 12/01/2018.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo

Examinam-se as concepções sobre a violação de normas jurídicas nas obras de Ronald Coase e John Prather Brown. Busca-se desenvolver uma aproximação crítica sobre como este fenômeno é abordado na Análise Econômica do Direito a partir do desenvolvimento da perspectiva teórica de Evguiéni Pachukanis e de um estudo sobre o caso do modelo Ford Pinto. Argumenta-se que esta corrente de pensamento tem representado, conforme expressam as obras analisadas, uma mediação entre o plano teórico e o planejamento empresarial, revelando uma concepção técnica e calculista dos efeitos da violação de normas jurídicas.

Palavras-chave: Violação de normas jurídicas; Evguiéni Pachukanis; Crítica à Análise Econômica do Direito (Law & Economics).

Abstract

This paper examines some main conceptions regarding violation of juridical rules in Ronald Coase's and John Prather Brown's works. It aims to develop a critical study about how this phenomenon is approached in Law & Economics, taking the development of Evguiéni Pachukanis theoretical perspective and of a study about the Ford Pinto model case. It argues that this current of thought has been representing, as the works analyzed express, a mediation between the theoretical plan and the corporate activities planning, revealing a technical and calculating conception of the effects of the violation of legal rules.

Keywords: Juridical rules violation; Evguiéni Pachukanis; Critical review to Law & Economics.

Introdução

Em meados do século vinte, teóricos estadunidenses começaram a produzir um olhar para o direito a partir de modelos econômicos. Ainda que bastante heterogêneo, esse movimento tem sido genericamente denominado, em inglês, de *Law & Economics*, abrangendo tanto vertentes positivas quanto normativas, indo de discursos liberais mais radicais a moderados (BOWLES, 1991; ZANATTA, 2012).

No Brasil, a maioria dos autores tem optado por employar a própria terminologia anglófona, *Law & Economics*, ou a expressão *Análise Econômica do Direito* (AED). Para não se valer desnecessariamente do estrangeirismo, a nomenclatura adotada doravante neste trabalho será essa última – na forma de sigla, por brevidade e pela facilitação visual na leitura.

Trata-se de campo do conhecimento que, em nível nacional, tem se desenvolvido de forma crescente, sobretudo em programas de pós-graduação estrito senso na área do direito e em associações privadas de pesquisadores, entre as quais, por exemplo, a ADBE – Associação Brasileira de Direito e Economia e a ADEPAR – Associação Paranaense de Direito e Economia, ambas com objetivos institucionais ligados ao desenvolvimento da AED. Em âmbito nacional, porém, com a exceção de trabalhos filiados à corrente garantista do pensamento jurídico, não se conhecem análises críticas aprofundadas sobre o significado histórico da AED e sobre o que esta corrente representa enquanto mediação entre o discurso teórico e o planejamento empresarial.

O problema de investigação que se coloca pode ser assim formulado: enquanto corrente teórica, qual relação se pode apreender entre a AED e o planejamento empresarial ligado a violações de direitos? Mais especificamente, o objetivo do presente trabalho é investigar como a AED, enquanto movimento teórico, no período de 1960 a 1973, em sua gestação na academia estadunidense, se relaciona com o fenômeno da violação de normas jurídicas por organizações empresariais. Tem-se por hipótese que – em decorrência das bases lançadas por Ronald Coase e John Prather Brown, dois de seus primeiros formuladores – a AED constitui inicialmente, nos recortes temporal e espacial delimitados, uma mediação entre o plano teórico e o planejamento empresarial que, sob a forma de premissas assumidas e do uso de ferramentas analíticas, revela uma concepção técnico-instrumental e calculista dos efeitos da violação de normas jurídicas.

Com essa proposta, o presente artigo se divide em três etapas de exposição. Na seção um, o fenômeno da violação de normas jurídicas é examinado sob os marcos da história da forma jurídica e da teoria geral do direito, tendo por base principalmente a perspectiva materialista do fenômeno jurídico desenvolvida em *Teoria geral do direito e marxismo* (TGDM), de Evguiéni Pachukanis.

Na seção dois, expõem-se os resultados da análise de *The problem of social cost* (COASE, 1960) e de *Toward an economic theory of liability* (BROWN, 1973), obras que marcam etapas do desenvolvimento da AED enquanto movimento teórico. Tratando-se de uma primeira aproximação da AED, a pesquisa é realizada nos limites da *vertente positiva* e da gestação estadunidense desse movimento (1960-1973), delimitado pelas obras citadas, o que será exposto e justificado na mesma seção.

Na seção três, culminando no momento de síntese do trabalho, realiza-se um estudo sobre o caso do modelo Ford Pinto com a finalidade de verificar o grau de proximidade entre o momento inicial da AED e o planejamento estratégico empresarial apreendido em concreto. O estudo de caso será realizado a partir de registros jornalísticos e da análise de documentos internos da empresa Ford Motor Company, enquanto os aportes teóricos desenvolvidos a partir da obra de Pachukanis fundamentarão a compreensão crítica do fenômeno da violação de direitos em sua especificidade capitalista.

1 A especificidade capitalista da relação jurídica e a concepção instrumental da violação de normas jurídicas

Desde a filosofia moderna, a possibilidade de cumprir ou descumprir normas sociais tem sido deduzida como corolário necessário da própria normatividade, ou seja, dos discursos do tipo *dever-ser* em geral. Trata-se de uma espécie de exigência lógica que, em Kant, “*filósofo moral da burguesia em ascensão*”, foi sintetizada no ditame “*deve, logo pode*” (MESZAROS, 2012: 258-259).

Sob essa concepção, portanto, pode-se afirmar didaticamente que *onde quer que exista dever, também existirá possibilidade de descumprimento*. Trata-se, sob estes termos, de uma premissa óbvia, autoevidente. No caso, porém, é esta uma daquelas obviedades que nos convida ao espanto e ao questionamento metódico. Espantar-se

com o que é óbvio, afinal, é o que move e dá sabor ao esforço historiográfico (VEYNE, 1998).

A premissa kantiana – deve, logo pode – encontra especificidade na área da teoria geral do direito. Kelsen, por exemplo, frisa em sua *Teoria Pura* que “*o ilícito (delito) não é negação, mas pressuposto do Direito*” (1998: 124). Pachukanis, por sua vez, fala em “*liberdade* de cometer delitos como uma “*posição inicial*” na sociedade capitalista (2017: 183). Daí se pode constatar que, nesse campo do saber, mesmo em abordagens antagônicas do fenômeno jurídico, o descumprimento das normas jurídicas é concebido como uma possibilidade autoevidente e, além disso, como uma condição de existência do próprio direito.

A partir daí, nota-se que o descumprimento das normas jurídicas pode se dar em situações opostas: tanto pode se constituir como meio para populações exploradas realizarem movimentos de contestação da ordem, quanto pode servir para que sejam violados os direitos mais básicos dessas mesmas populações e, consequentemente, se aprofunde a sua exploração. Sobre essa segunda situação, à qual esta pesquisa se dirige, vale citar um exemplo mais concreto antes de entrarmos especificamente na análise proposta.

Em *O Capital*, ao investigar como se dava a inspeção do trabalho na Inglaterra do século XIX, Marx (1996) percebeu que as fraudes aos limites legais à jornada de trabalho eram mais recorrentes do que meros eventos acidentais. Isso se explicava – segundo relatos de inspetores do trabalho – na medida em que os fabricantes contavam com “*a chance de não serem descobertos*” e calculavam que, na hipótese de o serem, “*o pequeno valor da multa e dos custos judiciais*” lhes asseguraria um saldo lucrativo (apud MARX, 1996: 356)¹, motivo pelo qual o descumprimento lhes aparecia como a escolha mais racional. Assim Marx pôde comprovar que, independentemente da existência de limites formais estabelecidos em lei, e abstraindo limites muito elásticos, “*da natureza do próprio intercâmbio de mercadorias não resulta nenhum limite [real] à jornada de trabalho*” (1996: 349), chamando a atenção ao caráter violável que a relação jurídica assume na troca de força de trabalho por salário.

¹ As expressões citadas fazem parte do relato de um inspetor de fábrica, o qual Marx transcreve fazendo referência à obra “*Reports etc. 31st Oct. 1856*”.

Ao fazê-lo, de certo modo, Marx indicou uma condição laboral que ainda hoje se comprova na realidade brasileira das relações de trabalho. Em geral, a limitação legal da jornada de trabalho a oito horas diárias não impede, absolutamente, que os empregadores exijam jornadas superiores de modo habitual. Como síntese, tanto para o capitalista da morna revolução industrial vivenciada por Marx quanto para a organização capitalista nacional atual, o ditame kantiano assumiria o mesmo conteúdo: *devo cumprir os limites legais à jornada de trabalho, logo posso fraudá-los.*

Considerando esse panorama, por *concepção instrumental da violação de normas jurídicas* aqui se quer fazer referência ao fenômeno pelo qual o cumprimento ou o descumprimento das normas jurídicas é concebido pelos seus destinatários como possibilidades, a princípio, igualmente elegíveis. A concepção do fenômeno jurídico adotada para fundamentar essa conceituação encontra-se, principalmente, na teoria geral do direito de Pachukanis, na linha de raciocínio exposta a seguir.

A compreensão do pensamento de Pachukanis se inicia por algumas anotações metodológicas. De início, cabe pontuar que o direito, na obra do pensador soviético, é percebido como “*a forma mistificada de uma relação social bem específica*” (2017: 92). O papel da crítica ao direito, nesse sentido, seria desmistificar a forma jurídica, ou seja, descobrir o seu condicionamento histórico. Com isso, a *forma jurídica* assume o lugar de uma categoria central e diferencial na teoria de Pachukanis. Opondo-se aos normativistas (Kelsen, em especial), o autor investiga o fenômeno jurídico não da maneira tradicionalmente abstrata, mas sim procedendo “*a análise da forma jurídica, como de fato a encontramos*” (2017: 75).

Basicamente, apoiando-se na crítica à economia política marxiana, Pachukanis aponta que a forma jurídica é o reflexo inevitável “*da relação entre os proprietários de mercadorias*” (2017: 95). Mais especificamente, o *princípio da troca de equivalentes* – elemento estrutural da economia capitalista na teoria de Marx – é identificado como uma condição fundamental da existência da forma jurídica nessa concepção teórica. Em síntese, portanto, pode-se afirmar que Pachukanis encontra o condicionamento histórico da forma jurídica no desenvolvimento completo das relações de produção capitalistas.

As normas jurídicas, assim, não criam relações sociais; pelo contrário, surgem como necessidade da relação de troca de mercadorias, na qual “*aqueles que realizam a*

troca devem ser egoístas, isto é, devem guiar-se pelo cálculo econômico nu e cru” (2017: 154). O que interessa aqui é que, como consequência dessa percepção crítica do fenômeno jurídico, Pachukanis torna possível a visualização das relações jurídicas para além de sua aparência normativa.

Fazendo isso, Pachukanis acaba identificando que a obrigação jurídica não possui um real sentido de *dever* enquanto comprometimento, mas apenas enquanto “*responsabilidade*” (2017: 114). Em um contrato, citando o exemplo utilizado pelo autor, os contratantes podem sempre escolher entre cumprir as normas pactuadas ou assumir a responsabilidade pelo descumprimento delas. No fundo, tratando-se de dois sujeitos cada qual com seus próprios interesses privados, não há nada na relação jurídica que efetivamente os obrigue a adimplir o contrato. Em outras palavras, *juridicamente* nada impede que os contratantes escolham o inadimplemento caso esse seja mais vantajoso do que o adimplemento.

Destaca-se que a abordagem desenvolvida em TGDM abrange a forma jurídica de modo mais abstrato, ou seja, para além do contrato. Ao tratar da relação entre *direito e violação do direito* (Capítulo VII), Pachukanis indicou que o *princípio da troca de equivalentes* assume nas relações jurídicas a forma de “*princípio da reparação equivalente*”, com base no qual a aplicação das sanções, em regra, se caracteriza pela “*expressão aritmética*”, inclusive na esfera penal – dias, meses e anos de privação de liberdade (2017: 177). Com isso, seja em uma relação contratual privada ou em uma relação entre indivíduo e Estado, o direito geralmente acaba conferindo algum grau de previsibilidade contábil em relação aos efeitos do descumprimento da norma jurídica.

Nesse sentido, vale conferir a emblemática frase de Pachukanis: “*o Estado estabelece sua relação com o infrator no quadro leal de um negócio comercial*” (2017: 179). Em uma interpretação ampliada dessa afirmação, é possível compreender o *infrator* como aquele que elegeu violar uma norma jurídica qualquer (contratual, administrativa ou penal por exemplo) em vez de observá-la. Sob essa perspectiva, a sanção pode ser desmistificada e vista não mais como o elemento que impede a violação do direito, mas justamente como o elemento normativo que confere previsibilidade contábil à violação do direito, tornando cumprimento e descumprimento elegíveis entre si.

Esse tema foi levantado mais recentemente por Alysson Mascaro, jurista brasileiro ligado à concepção pachukaniana do direito, com algumas contribuições que merecem ser aqui analisadas. Em um estudo sobre as normas jurídicas, o autor afirmou que, “nas sociedades capitalistas, o dever-ser das normas sociais se traveste de um cálculo de probabilidades” (2010: 86). O sentido principal das normas jurídicas seria constituir uma técnica de previsão de riscos, resultando na severa iconoclastia das promessas jurídicas: “O direito, no capitalismo, é convertido a um cálculo” (2010: 91).

Ao falar em *cálculo de probabilidades* com esse sentido, é interessante notar que Mascaro chama a atenção para mais um momento da concepção instrumental da violação de normas jurídicas. Sabe-se que, na realidade concreta, as sanções ou a responsabilização pelo descumprimento das normas jurídicas não são necessariamente colocadas em prática, ou seja, não são necessariamente efetivadas na aplicação da sanção.

É necessário, pois, avaliar a efetividade das normas jurídicas em dois planos distintos: no cumprimento primário, e na aplicação da sanção. Tratando-se do descumprimento de normas jurídicas, o que existe é apenas uma *probabilidade* de efetividade da aplicação da sanção, dependendo de acordo com cada caso de inúmeras variáveis: fiscalização estatal, custos e procedimentos do processo administrativo ou judicial, interesse e possibilidade concreta da outra parte em exigir a reparação, relações de poder entre as partes de modo geral etc.

Colocando em prática esse *cálculo de probabilidades*, em algumas relações jurídicas a chance real de ser responsabilizado poderia ser tão pequena quanto uma loteria às avessas: a efetividade da sanção ou da responsabilização não passaria de um improvável azar. Em geral, a esse tipo de inefetividade das normas jurídicas se refere à expressão brasileira *lei para inglês ver*. No outro extremo, o risco pode ser tão grande que o dever-ser da norma é “praticamente um ser” (MASCARO, 2010: 86), ou seja, nos termos de outro jargão popular, os efeitos da violação da norma são tão prejudiciais que *o crime não compensa*.

Diante disso, em juízo de racionalidade sob a imposição da livre-concorrência, as organizações empresariais tenderiam a se perguntar diante de cada norma jurídica: cumprir ou descumprir? Não há muita dificuldade em encontrar exemplos verossímeis. No gerenciamento das relações de emprego, a pergunta: qual é o risco econômico

assumido em não cumprir a legislação trabalhista? Em outras áreas do direito, o formato seria o mesmo: qual é o risco econômico em emitir poluentes de modo ilegal? Em não observar os direitos do consumidor, em não observar as normas comerciais, em não observar as normas regulamentares? No primeiro nível de cálculo, trata-se de calcular o custo total das sanções prescritas. No segundo, as chances de haver efetiva penalização ou responsabilização em decorrência da violação de normas jurídicas. O que vale mais a pena: cumprir ou descumprir as normas jurídicas tributárias, penais, ambientais, trabalhistas, consumeristas etc.?

A possibilidade de olhar o direito através de questões como essas é, basicamente, o que se quer conceituar aqui com *concepção instrumental da violação de normas jurídicas*. Evidentemente, não se pretende com essa descrição absolver as práticas de violações de direitos sobre um suposto fundamento de sua inevitabilidade. Pelo contrário, assim como em Pachukanis, o objetivo aqui é realizar uma investigação crítica sobre como o direito *tal como ele existe realmente*.

Se as armas da crítica existem apenas na medida da radicalidade da teoria (MARX, 2010), é necessário levar a desmistificação das normas jurídicas tanto às raízes históricas dessa relação social quanto à sua especificidade atual. Até porque a violação sistemática de direitos é um problema real, cotidiano e que afeta principalmente a vida das populações historicamente exploradas e as suas lutas por melhores condições sociais. É no sentido de melhor compreender esse fenômeno em sua complexidade que se realiza a presente abordagem.

Para tanto, a partir deste ponto, procura-se realizar um movimento das abstrações desenvolvidas até aqui ao concreto. Nesse sentido, vale observar de início que, entre muitos pesquisadores, pesquisadoras e profissionais do direito do campo popular, paira uma certa impressão de que perguntas como as citadas acima – do gênero *vale mais a pena cumprir ou descumprir as normas jurídicas?* – integram o planejamento estratégico de atividades empresariais e a relação do capital com os direitos sociais em geral (trabalhistas, previdenciários, ambientais, consumeristas, urbanísticos, econômicos etc.).

Como afirma Zanitelli (2011: 44), “*submetidos à concorrência, empresários podem ser levados a violar direitos humanos (por exemplo, mediante a exploração de trabalhadores) não apenas para maximizar seus ganhos, mas como condição mesma*

para sua subsistência". No âmbito das relações econômicas, apreendem-se sistêmicas violações de direitos humanos por parte de um grande número de empresas, em grande medida como estratégia de minimizar custos com obrigações ou transgredir obstáculos legais.

É o que também se tem observado a partir do olhar da assessoria jurídica popular. Em 2015, a Organização de Direitos Humanos Terra de Direitos publicou um boletim denominado *Empresas e violações de direitos humanos: esse lucro não é direito*. No editorial da publicação, a organização relata o seguinte: "as práticas diárias, principalmente de grandes empresas e do setor financeiro, provam que a busca pela maximização dos lucros é um dos principais elementos que justificam e animam as violações de direitos humanos" (TERRA DE DIREITOS, 2015: 1).

Entretanto, essa é uma hipótese de difícil verificação no plano empírico: as empresas, obviamente, não se mostram dispostas a abrir os cofres de seus segredos gerenciais para a pesquisa científica, tampouco revelariam espontaneamente ao seu público consumidor que a violação de direitos ocorre de maneira planejada, assumindo que assim o fosse.

Por outro lado, esse não é um obstáculo absoluto à construção do conhecimento sobre o tema. A aposta aqui é realizar uma aproximação dessa hipótese por meio do estudo de evidências indiretas dos fenômenos nela relacionados. Daí a proposta da presente investigação sobre a concepção instrumental da violação de normas jurídicas, nos termos colocados acima, e sobre a relação desta concepção com a AED, campo de conhecimento que pode estar de algum modo colocado como mediação entre o plano teórico e o planejamento empresarial ligado à violação de normas jurídicas.

2 O momento inicial da análise econômica do direito (aed): de coase (1960) a brown (1973)

Em linhas gerais, a AED pode ser considerada uma corrente de pensamento que tem suas origens em Chicago. As condições para que a AED se construísse enquanto corrente

teórica remetem mais especificamente à década de 1950, com a nomeação de Aaron Director – economista influenciado pelo emergente neoliberalismo de Friedrich Hayek² – para uma cadeira na Faculdade de Direito na Universidade de Chicago. Nessa oportunidade, criou-se o primeiro programa de pesquisa “*Law & Economics*” no âmbito universitário, o qual foi em seguida dirigido por Ronald Coase, esse sim considerado hoje um dos precursores da AED enquanto movimento teórico (ZANATTA, 2012).

Em *Companion to contemporany economic thought*, com o objetivo de introduzir a relação entre direito e economia enquanto interface teórica, Roger Bowles (1991) traça um quadro que pode ser útil à presente pesquisa. Segundo o autor, é possível identificar dois marcos no desenvolvimento da interdisciplinaridade entre direito e economia, sendo o primeiro a obra *The problem of social cost* (1960), de Ronald Coase, e o segundo a obra *Toward an economic theory of liability* (1973) de John Prather Brown.

A delimitação temporal da presente pesquisa encontra seus marcos, inicial e final, respectivamente nesses dois trabalhos: Coase (1960) por marcar uma mudança de abordagem na análise econômica do direito; Brown (1973) por representar o início do momento da formalização matemática da análise econômica do direito (BOWLES, 1991). Esse período será aqui denominado *momento inicial da AED*, referindo-se ainda ao plano acadêmico estadunidense como recorte territorial.³

Além disso, em perspectiva epistemológica, a AED contempla abordagens que se distinguem entre a *vertente positiva* e a *vertente normativa*, como o saber econômico em geral. Em linhas gerais, a *positiva* é voltada a explicar a estrutura das normas jurídicas a partir da economia, incluindo o emprego de modelos mentais e ferramentas analíticas. A *vertente normativa*, por sua vez, discorre sobre como o direito deveria ser, pautando-se de modo geral por uma visão eficientista do fenômeno jurídico. Como exemplo dessa última, vale mencionar as análises normativas de Richard Posner, nas

² Segundo Zanatta (2012: 34-35), em passagem pela *London School of Economics* na década de quarenta, Director conheceu Hayek e dele recebeu “em mãos uma cópia de *A Road to Serfdom* [O Caminho da Servidão], convencendo os editores de Chicago a publicá-lo”.

³ Quanto aos aspectos da AED que se localizam fora do recorte escolhido, cabe registrar que, a partir da década de 70, a interface entre direito e economia começou a se distinguir em diferentes correntes de pensamento, entre as quais a Escola de Chicago (a mais conhecida), a Escola de Yale (liderada por Calabresi), a Escola de Virgínia ou Funcionalista, a Escola da Nova Economia Institucional e a Escola da Escolha Pública (SZTAJN, 2005).

quais o autor sustentava que a maximização da riqueza deveria servir de fundação ética para a aplicação do direito, aproximando as ideias de justiça e de eficiência econômica (ZANATTA, 2012).

Quanto a esse quadro, a presente pesquisa trata tão-somente da *vertente positiva* desse movimento teórico. Isso porque o objetivo principal aqui é investigar a formação histórica das técnicas econômicas relacionadas às normas jurídicas, escapando de sua viabilidade debater os propósitos éticos e políticos ou a concepção de justiça articuladas pelos autores ligados a esse movimento. Por isso, o pensamento de Posner não será abordado nesta oportunidade, registrando-se, porém, que se trata da obra vinculada à AED que centralizou maior destaque e influência a partir da década de 1970.

2.1 Coase (1960) e a mudança de abordagem da análise econômica

A obra de Coase, cujo título pode ser traduzido por *Os problemas dos custos sociais*, para além do intenso fundo político de oposição à intervenção estatal na economia no campo das políticas públicas, é tida como um marco na história da AED por um motivo mais específico: considerar nas análises econômicas dos arranjos sociais *também as externalidades*, então vistas tradicionalmente como falhas de mercado evitáveis pela regulação estatal (nesse aspecto, a argumentação de Coase se dirige especialmente contra a obra de Arthur Pigou). Com isso, Coase formula a proposta, em síntese, de dirigir o olhar das análises econômicas tanto à margem quanto à totalidade,⁴ ou seja, também às externalidades.

Coase (1960) inicia a sua argumentação com o exemplo hipotético de dois vizinhos: um criador de gados e um agricultor. Entre os terrenos desses vizinhos não há cerca, sendo possível que o rebanho do primeiro se disperse e entre na propriedade do segundo, destruindo a sua plantação. No caso, o problema que logo surge, tanto ao criador quanto ao agricultor, é decidir entre colocar ou não uma cerca entre os terrenos para evitar que esses prejuízos aconteçam.

⁴ Referência a “[...] o problema deve ser olhado na totalidade e na margem”, tradução livre de: “this problem has to be looked in total and at the margin” (COASE, 1960: 2).

Em síntese, para Coase, o que deve determinar a decisão pelo cercamento ou não do terreno é a melhor alocação de recursos, o que exige a tabulação dos custos com a construção da cerca em comparação aos custos com a destruição da colheita. O autor examina esse problema em dois cenários distintos: um arranjo social em que há responsabilidade civil atribuída ao criador de gados e um arranjo social em que não há.

Para determinar o que será mais eficiente aos dois vizinhos, Coase (1960) emprega um exemplo aritmético aleatório, procurando demonstrar que, em um regime de custos de transação zero, independentemente do arranjo social adotado, a alocação eficiente de recursos será atingida valendo-se de decisões racionais e de mecanismos de barganha entre os vizinhos. Em seguida, o autor afirma que o regime de custos de transação zero é apenas hipotético, ou seja, na realidade existem custos de transação gerados pelos arranjos jurídicos.

É por esse motivo que o autor defende a não-intervenção estatal como política mais desejável na perspectiva de maximização do valor de produção global. Com base nisso, pode-se chamar de tese ou teorema de Coase a afirmação de que *“para evitar altos custos de transação entre os agentes econômicos, o Estado deve facilitar tais transações com o objetivo de maximizar a riqueza”* (ZANATTA: 2012, 35).

Porém, para além das conclusões de Coase sobre política econômica, o ponto que merece destaque aqui é o seguinte: em seu estudo de caso sobre o criador de gados e o agricultor, Coase assume como ponto de partida que, enquanto agentes racionais, os vizinhos apenas farão o cercamento, em qualquer cenário, quando os custos com obra e manutenção da cerca forem menores do que o custo com o prejuízo da colheita. Esse pressuposto pode ser extraído, por exemplo, do seguinte trecho: *“é claro, pode ser mais barato para o criador de gados não cercar e pagar pela colheita danificada”*⁵.

Além disso, como decorrência dessa premissa assumida e da aplicação de sua nova abordagem da análise econômica, Coase também apresenta – pela primeira vez delimitado de tal maneira – o problema da relação entre *custos com prevenção* (construção e manutenção da cerca) e *custos com reparação* (indenização pela colheita danificada) sob a forma de variáveis dependentes entre si.

⁵ Tradução livre de *“of course, it may be cheaper for the cattle-raiser not to fence and to pay for the damaged crops”* (COASE, 1960: 3).

Ao final do artigo, Coase conclui emblematicamente que “*o direito de fazer algo com efeitos prejudiciais (como emitir fumaça, barulho, odores etc.) também é um fator de produção*”⁶, fundando com isso, nos termos dessa síntese, a AED enquanto campo específico de construção de conhecimentos teóricos.

2.2 Brown (1973) e a formalização matemática das normas jurídicas

A obra de Coase e a sua titularidade na cadeira *Law & Economics*, na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, influenciaram intensamente os juristas dessa instituição, consolidando um “*ambiente acadêmico de perfil altamente liberal, em defesa do livre mercado e da não intervenção estatal em questões econômicas como forma de otimização dos custos de transação*” (ZANATTA, 2012: 35).

Depois de Coase, porém, o segundo marco no desenvolvimento da vertente positiva da AED se constituiu apenas na década seguinte, com as obras de Guido Calabresi e de John Prather Brown. Esses dois autores, seguindo caminhos distintos e mobilizando seguidores em suas respectivas abordagens, representam viradas importantes na AED. No caso de Brown, a obra do economista é vista como um esforço de formalização da análise econômica sobre regras de responsabilidade civil que, por sua vez, influenciou uma nova leva de economistas e juristas (BOWLES, 1991).

Apesar de Coase ter sido pioneiro em promover análises econômicas levando em conta a relação entre custos com prevenção e custos com reparação enquanto variáveis dependentes, inclusive se apoiando em exemplos aritméticos, o autor ainda não sintetizava em modelos matemáticos essa relação. A formalização matemática da responsabilidade civil e, por extensão, dos riscos decorrentes da falta de ações preventivas, aparece com rigor no artigo *Toward an economic theory of liability (Para uma teoria econômica a responsabilidade civil)*, em tradução livre), publicado em 1973 por Brown.

No texto, um dos principais objetos de estudo de Brown é o caso em que tanto agressor quanto vítima poderiam investir em prevenção de riscos com acidentes. Para

⁶ Tradução livre de: “*the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production*” (COASE, 1960: 44)

ilustrar, é possível manter aqui didaticamente o exemplo dos dois vizinhos, um criador de gados (agressor) e um agricultor (vítima), que podem cada qual decidir entre cercar ou não os respectivos terrenos. Em relação a casos desse tipo, o autor demonstrou como os sistemas de responsabilidade civil podem ser traduzidos em modelos matemáticos, partindo basicamente da seguinte simbolização: enquanto X representa os gastos com prevenção pelo agressor, Y representa os gastos com prevenção pela vítima, de modo que a curva resultante da relação entre essas variáveis, representada por $P(X, Y)$, pode indicar um ótimo de minimização do total de custos sociais.

Brown aplica esse conceito básico a diferentes sistemas de responsabilidade civil, o que resulta em uma função matemática diferente para cada sistema. Visualmente, o resultado é um texto de análise econômica repleto de fórmulas e gráficos demonstrativos. A título de exemplo, no regramento pelo qual o agressor é responsável quando ele é negligente e a vítima não (sistema identificado como dominante na jurisprudência estadunidense pelo autor), o modelo seria o seguinte:

" $L_x(X, Y) = \{1; 0$ se $X \{0$ se $X < X^ \text{ e } Y \geq Y^*; 1 \text{ de outra forma}\}"$*

(BROWN, 1973: 328).

Anota-se que o objetivo aqui não é compreender o funcionamento desses modelos: a fórmula acima foi transcrita apenas com o intuito de ilustrar como Brown se propôs a formalizar em linguagem matemática as regras de responsabilidade civil, relacionando em uma mesma função os custos com prevenção pelo agressor e pela vítima. De certa maneira, parece que a preocupação do autor também passa por desenvolver uma técnica mais precisa de como definir a culpa em casos de responsabilidade civil. Nesse sentido, seguindo de algum modo uma tendência epistemológica dominante na própria ciência econômica de formalização e matematização (LIMA, 1999), afirma o autor: *"a análise econômica é um método útil de organizar questões legais"*⁷.

Por outro lado, o que mais interessa aqui é que, ao fazer isso, Brown também parte da mesma premissa de Coase: o agressor, assumindo que se trata de um agente econômico racional, agirá de maneira a minimizar os custos com prevenção. Sobre esse

⁷ Tradução livre de: *"economic analysis is a useful method of organizing legal questions"* (BROWN, 1973: 347).

aspecto, as funções matemáticas desenvolvidas por Brown podem ser vistas não apenas como modelos explicativos do funcionamento da responsabilidade civil, mas também como técnicas capazes de aumentar o nível de previsibilidade dos agentes econômicos em relação aos riscos em descumprir normas jurídicas.

Para ilustrar a influência exercida pelo artigo de Brown, mencionam-se as posteriores obras de Steven Shavell (BOWLES, 1991: 783). No livro *Economic Analysis of Accident Law* (*Análise econômica da legislação sobre acidentes*, em tradução livre), de 1987, há um aprofundamento da matematização da responsabilidade civil de tal maneira que a proposta de Shavell foi percorrer onze capítulos sobre custos com prevenção de acidentes, transcrevendo em linguagem matemática todo esse conteúdo como apêndice de cada etapa. Com isso, pode-se perceber que, no limiar da década de 1990, a AED já se encontrava em outro estágio de desenvolvimento, o qual, apesar de fugir à delimitação da presente pesquisa, é indicativa da relevância e influência exercida pelos trabalhos de Coase (1960) e Brown (1973).

3 A análise econômica do direito (aed) nos marcos da concepção instrumental da violação de normas jurídicas

Como já visto, a hipótese que se procura investigar nesta pesquisa se refere a algo percebido de modo primário entre diversos pesquisadores, pesquisadoras e profissionais do direito: a impressão de que análises do gênero “*vale mais a pena cumprir ou descumprir as normas jurídicas?*” – revestindo o fenômeno da concepção instrumental da violação de normas jurídicas – estariam integrando o planejamento estratégico de atividades empresariais.

Por se tratar de uma hipótese de difícil verificação, parece que os conhecimentos sobre o tema se desenvolvem muito mais no campo do tateamento a partir de experiências individuais, do que no campo estritamente científico. Aqui, no sentido contrário dessa tendência, objetiva-se realizar uma aproximação mais rigorosa desse objeto, tomando as obras da gestação estadunidense da AED, analisadas na seção anterior, como espécies de fontes históricas observáveis.

Nesses marcos, entende-se que é necessário, como etapa inicial, verificar se as obras de Coase (1960) e Brown (1973) tiveram de fato alguma repercussão ou

proximidade em relação ao planejamento estratégico empresarial apreendido na realidade concreta. Para realizar essa análise, segue-se à exposição da análise de um dos maiores escândalos da indústria automobilística estadunidense: o caso do modelo *Ford Pinto*. O caso foi selecionado para a análise tendo em vista que se trata de um conhecido e documentado evento de violação de direitos, tendo ocorrido na mesma época e no mesmo país em que foram desenvolvidos os artigos analisados.

Em 1971, a Ford Motor Company lançou nos Estados Unidos o modelo *Ford Pinto*, que foi um grande sucesso de vendas. Porém, havia no veículo um grave defeito de fábrica: em colisões traseiras, o tanque de gasolina poderia se romper e incendiar o condutor e os passageiros. Considerando acidentes envolvendo o carro até 1977, estima-se que, não fossem os corpos incinerados em decorrência do defeito, pelo menos 500 pessoas mortas em acidentes registrados não teriam sido sequer gravemente feridas. Em 1977, uma agência governamental estadunidense finalmente determinou o *recall* dos veículos pelo defeito no sistema de combustível, ocasião em que a empresa enfim realizou as alterações necessárias nos veículos.

Ocorre que, nesse mesmo ano, descobriu-se que a Ford tinha conhecimento do defeito desde pelo menos 1973, quatro anos antes do *recall*. A revelação se deu pela investigação da revista *Mother Jones*, em reportagem assinada por Mark Dowie (1977). Ao investigar os acidentes envolvendo o modelo *Ford Pinto*, o jornalista analisou tanto documentos internos da Ford quanto entrevistas realizadas com diretores da empresa. Tudo isso revelou que a Ford estava ciente do risco de incêndios em acidentes acima de 40 quilômetros por hora desde 1973, tendo optado deliberadamente por não promover a reparação dos veículos com base em análises de custo-benefício.

Em especial, no memorando da empresa denominado “*Fatalities Associated with Crash-Induced Fuel Leakage and Fires*” (*Fatalidades Associadas a Vazamento de Combustível e Incêndios Induzidos por Acidentes*, em tradução livre), apresentava-se a demonstração matemática de que seria economicamente mais vantajoso não realizar o *recall*, apesar de levar em conta que cada reparo custaria individualmente apenas onze dólares.

No documento, o cálculo matemático aparece resumido sob a forma do seguinte comparativo:

Benefícios e custos sobre vazamento de combustível [...]

Benefícios [cenário 1: não reparação dos veículos]

Economia: 180 mortes por queimadura, 180 queimaduras graves, 2100 veículos incinerados.

Custo por unidade: \$200.000 por morte, \$67.000 por queimadura, \$700 por veículo.

Benefício total: $180 \times (\$200.000) + 180 \times (\$67.000) + 2100 \times (\$700) = \49.5 milhões.

Custos [cenário 2: reparação dos veículos]

Vendas: 11 milhões de carros, 1.5 milhões de caminhões leves.

Custo por unidade: \$11 por carro, \$11 por caminhão leve.

Custo total: $11.000.000 \times (\$11) + 1.500.000 \times (\$11) = \$137$ milhões.

(apud DOWIE, 1977, tradução livre)

Comparando os dois cenários, a conclusão do relatório foi de que a decisão mais vantajosa seria a de não reparar os veículos, mais especificamente na medida de 87,5 milhões de dólares. Diante desse quadro, ao questionar “*por que a empresa demorou tanto para fazer esses pequenos e inexpressivos melhoramentos?*”, a conclusão de Dowie (1977, tradução livre) é a seguinte: “*a Ford esperou oito anos porque suas ‘análises de custo-benefício’ internas, que colocaram valores em dólares na vida humana⁸, concluíram que não era lucrativo fazer as alterações antes*”.

Ainda segundo a reportagem, “*o modo pelo qual a Ford tomou sua decisão é típico da indústria automobilística estadunidense em geral. Há muitos exemplos de histórias similares sobre carros produzidos por outras empresas*” (DOWIE, 1977, tradução livre). De fato, são conhecidos escândalos semelhantes, por exemplo, mais recentemente, envolvendo o modelo Chevrolet Cobalt em 2007 e o Toyota Camry em 2014, ambos nos Estados Unidos.

Esses casos, porém, apenas se tornaram públicos por algum documento vazado ou pelo número de acidentes que fugiu às expectativas das empresas. De qualquer

⁸ Sobre a ideia de colocar valores nas vidas humanas, contida nessa expressão empregada pela reportagem, é interessante notar que Hayek, em uma entrevista publicada em 1981, afirmou o seguinte: “*Uma sociedade livre requer certas morais que, em última instância, são reduzidas à manutenção de vidas: não à manutenção de todas as vidas porque poderia ser necessário sacrificar vidas individuais para preservar um número maior de vidas. Portanto, as únicas regras morais são as que conduzem ao cálculo de vidas: a propriedade e o contrato.*” (apud HINKELAMMERT, 1988: 222). Como mencionado anteriormente, o economista Aaron Director foi influenciado diretamente por Hayek na década anterior à criação da cadeira *Law & Economics* em Chicago, da qual foi o primeiro titular. Com isso, é possível perceber que há, na segunda metade do século vinte, um indefinido ponto em comum entre os discursos neoliberais, a corrente da AED e as práticas de planejamento empresarial. Investigar essa convergência, entretanto, é tarefa que escapa aos limites da presente pesquisa, registrando-se aqui como apontamento para futuras aproximações.

modo, a partir do caso do modelo *Ford Pinto*, pode-se perceber melhor como as empresas podem conceber os efeitos da violação normativa jurídica de maneira calculista, inclusive em decisões envolvendo vida ou morte dos consumidores. Cabe observar que não se tem conhecimento de que a Ford tenha contestado a história relatada pelo periódico *Mother Jones*, o qual foi selecionado como fonte da presente pesquisa em função da originalidade em dar publicidade ao caso estudado. Assim, na presente pesquisa, o caso *Ford Pinto*, por estar materialmente documentado e constituir um conjunto de fatos coordenados de simples apreensão, mostra-se como um caso representativo do que se poderia chamar de *análise econômica do direito aplicada*.

Por uma estranha coincidência, o caso torna-se ainda mais emblemático nos quadros desta pesquisa: dramaticamente, o memorando citado (“*Fatalities Associated...*”) foi produzido em 1973, exatamente o mesmo ano da publicação das obras de Brown e de Posner no plano do desenvolvimento da AED. As proximidades, evidentemente, não são apenas temporais. Trata-se de um estudo de caso com grande potencial de desenhar o formato da mediação entre a AED e o planejamento empresarial relacionado a violação de normas jurídicas nos marcos temporais (1960-1973) e territoriais (Estados Unidos da América) delimitados.

De início, a premissa assumida em comum por Coase e por Brown acaba se exemplificando na prática gerencial da Ford de análise custo-benefício: o agente econômico, tido como racional, apenas escolhe os custos com prevenção quando os custos com responsabilização forem ainda maiores que esses primeiros.

Além disso, a análise econômica realizada pela Ford, como visto, formalizou matematicamente dois cenários distintos de gastos: primeiro com a responsabilização pelos prejuízos causados na hipótese de não realizar o *recall*, segundo com a prevenção de riscos na hipótese oposta. A análise comparativa desses custos em linguagem matemática revela, ao mesmo tempo, a adoção das abordagens defendidas por Coase (1960), olhando-se o problema *na totalidade e na margem*, e por Brown (1973), com a *organização de questões legais a partir da a análise econômica matemática*.

Em síntese, comparando-se o planejamento estratégico da Ford com o *momento inicial da AED*, é possível identificar uma grande proximidade ao considerar a *internalização dos riscos de criar prejuízos como fatores de produção* (Coase) e a

formalização matemática desses riscos como técnica econômica (Brown), bem como as premissas assumidas em comum por Coase e Brown.

Com isso, pode-se afirmar que as obras de Coase (1960) e Brown (1973) tiveram um visível grau de proximidade com a realidade concreta apreendida no mesmo período histórico. Ainda que esta aproximação decorra da análise de apenas um caso concreto, entende-se que – diante da grande dificuldade de amplo acesso direto a essa realidade – não se pode desconsiderá-lo como exemplificativo do modelo gerencial adotado por muitas outras empresas. Nesse aspecto, retoma-se, em especial, a afirmação jornalística de que “*o modo pelo qual a Ford tomou sua decisão é típico da indústria automobilística estadunidense*” (DOWIE, 1977).

De certo modo, verifica-se que o momento inicial da AED, em sua gestação estadunidense, representou uma manifestação concreta, sob a aparência de discurso teórico, da concepção instrumental da violação de normas jurídicas. Essa manifestação, considerando a conceituação desenvolvida na seção anterior, apresenta um duplo aspecto. Por um lado, não ocorre de modo desprendido da precedência histórica desse fenômeno. A escolha entre observar ou violar direitos com base na análise econômica dos efeitos de uma opção ou outra não é, como visto, novidade no capitalismo. Essa possibilidade de escolha decorre da própria especificidade capitalista do direito, eis que a normatividade jurídica, por sua própria estrutura lógica, confere previsibilidade contábil aos efeitos do descumprimento da norma jurídica. Basta lembrar que, no século dezenove, Marx já havia observado a violabilidade da limitação à jornada de trabalho na concepção dos industriais da época e, no início do século vinte, Pachukanis (2017:179) já descrevia o ato ilícito como parte do “*quadro leal de um negócio comercial*”.

Por outro lado, esse mesmo fenômeno, que acompanha a própria trajetória do capitalismo, aparece também dotado de certa especificidade histórica com a AED no período aqui delimitado. Ao se manifestar nas obras Coase (1960) e Brown (1973), essas práticas de análise econômica, que já existiam, certamente se tornaram mais complexas. Sobre as bases lançadas por Coase (1960), elevaram-se ao patamar de uma corrente teórica, à qual aqui se fez referência como AED. E, nos marcos que encerraram o seu momento inicial, Brown (1973) lançava a formalização matemática como ferramenta analítica das normas jurídicas. A *tecnicidade*, portanto, aparece como a característica especificamente trazida pela AED, ainda nos marcos de sua gestação estadunidense no

período de 1960 a 1973, ao fenômeno da concepção instrumental da violação de normas jurídicas.

4 Apontamentos para pesquisas futuras

A título de apontamento para futuras pesquisas, com o objetivo de indicar como a concepção instrumental da violação de normas jurídicas poderia ser investigada no contexto da realidade capitalista da década atual, pode-se citar a análise de um caso nacional de violação deliberada de direitos trabalhistas rescisórios. Assim como o relatório sobre o modelo Ford Pinto, este caso foi trazido a público de modo involuntário, com a apresentação em um processo judicial do documento “*Relatório de Processos Trabalhistas de 2011*”⁹, produzido pelo departamento jurídico de uma pequena empresa de Goiás.¹⁰

Em síntese, trata-se também de uma espécie de *análise econômica do direito aplicada*. No documento, o departamento jurídico orienta a empresa a não efetuar o pagamento das verbas rescisórias dos empregados demitidos, o que constitui grave violação de direitos trabalhistas no ordenamento jurídico brasileiro. A fundamentação dessa orientação é baseada nos benefícios financeiros do inadimplemento: citando o relatório, o trabalhador estaria “*mais necessitado de um acordo para ter acesso imediato ao dinheiro*”, motivo pelo qual seria mais vantajoso à empresa aguardar a resolução judicial do conflito. A violabilidade das normas jurídicas, novamente, aparece sob a forma de “*cálculo racional*” e, nesse caso, também como “*exemplo de grande*

⁹ O caso foi documentado no processo de Reclamação Trabalhista nº 0010305-07.2013.5.18.0052, que teve trâmite na 2^a Vara do Trabalho de Anápolis – Goiás. Em sua petição inicial, o autor da ação apresentou ao processo referido documento, que pode ser consultado na íntegra pelo endereço eletrônico <https://pje.trt18.jus.br/primeirografo/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1303221052571070000000246924>.

¹⁰ Aqui se pode exteriorizar outro limite da presente pesquisa, eis que não estão se considerando aspectos geopolíticos no estudo da violação de normas jurídicas. A análise dos exemplos estadunidenses e brasileiros sem considerar a especificidade latinoamericana como corte entre ambos apresenta evidentes limites. Afinal, na economia latinoamericana, a relação jurídica é na realidade *relação jurídica dependente* (PAZELLO, 2016), categoria que certamente pode enriquecer os presentes debates. Porém, pelas restrições de espaço e viabilidade, aqui apenas se pode evidenciar a necessidade aberta de enfrentar esses limites em outra ocasião.

verossimilhança quanto ao modo neoliberal de gerenciamento das relações de emprego” (UCHIMURA, 2016: 166-167).

Com isso, além de se apontar a atualidade do problema discutido como possível objeto de pesquisas futuras, quer-se reforçar também que a *análise econômica do direito aplicada* pode se dar não apenas nas relações de consumo, mas em diferentes relações sociais: trabalhistas, tributárias, ambientais, urbanísticas, contratuais, penais etc. Em uma imagem: aos explorados de modo geral, a proteção jurídica não seria mais que um agasalho ralo que, se às vezes recebe reparos ou reforços, costuma também passar por rasgos e esgarçamentos. Se a AED apresenta uma intensificação desse segundo momento, ou seja, potencializa uma concepção instrumental como origem de violações de direitos sociais das populações historicamente exploradas, é esse o corte que desperta maior urgência em seu estudo.¹¹

Os discursos presentes nas obras ligadas à corrente AED, levadas ao extremo na prática, podem representar a materialização do cálculo de vidas e mortes das populações afetadas pelas decisões empresariais – em concreto, como no caso do modelo *Ford Pinto*. Apesar de práticas como essas não serem novidade na história do capitalismo, a emergência da AED enquanto movimento teórico de fato apresenta uma justificativa para considerá-la um relevante objeto de pesquisa ao campo crítico. O alastramento dessa postura teórica na academia e para além da academia pode apresentar um sentido de autorização para as empresas, para a administração pública e para o judiciário praticarem a *análise econômica do direito aplicada*, nos mesmos moldes exemplificados pela Ford ou pela pequena empresa de Goiás.¹² Ou seja, pode implicar níveis ainda maiores de violação de direitos e, no extremo, concretizar cálculos de vidas e mortes.

¹¹ Sobre esse aspecto, vale a menção de que a presente pesquisa não está sozinha no panorama acadêmico brasileiro. Olhar a AED como um movimento relacionado a violações de direitos já desembocou, alguns anos atrás, em uma perspectiva crítica distinta da que se procura desenvolver na presente pesquisa, essa outra filiada à corrente garantista do pensamento jurídico, em especial nas obras de Rosa e Marcellino Júnior (2009) e de Linhares e Rosa (2009).

¹² Neste sentido, vale mencionar que algumas linhas da AED, para além da vertente positiva, se arriscaram a elaborar teorias eficientistas das decisões judiciais e da própria noção de justiça (Posner). Outras, para além do momento inicial, parecem aprofundar a concepção instrumental das normas jurídicas em novos termos, como a teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*).

Tocando nesse último ponto, encerra-se a presente seção com um exemplo – de cunho meramente provocativo à continuidade da investigação proposta – ainda mais recente. Em 2015, a ruptura de barragens no município de Mariana (MG) culminou em um dos mais graves danos ambientais e urbanísticos da história brasileira. Neste conhecido caso, há indícios de que as empresas Samarco, Vale e BHP Billiton – envolvidas no desastre – tinham prévio conhecimento sobre os grandes riscos da ruptura das barragens.¹³ Tanto que, em março de 2016, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos criou um Grupo de Trabalho voltado a “*apurar as respectivas responsabilidades por violações aos direitos humanos*” de populações afetadas pelo rompimento das barragens da mineradora Samarco na Bacia do Rio Doce.¹⁴

Cabe formular o seguinte questionamento: teria o grupo empresarial, como em abstrato ensinaram Coase (1960) e Brown (1973), realizado uma análise econômica do direito, relacionando custos com prevenção do acidente e custos com reparação pelos danos? Recentemente o grupo *Djambê* produziu uma música sobre o caso. O refrão, que também possui a forma de pergunta, assume o desfecho deste desenvolvimento: “*E varre cama, e sonho, e segue tudo pro além. Me diga, Vale, quanto vale a vida de alguém?*”.¹⁵

Considerações finais

Do ponto de vista desta pesquisa, ou seja, do lado de fora das empresas, não se sabe ao certo até onde chega a ponta do lápis dos cálculos econômicos capitalistas. Sob esse mesmo mistério, ao interpelar a empresa Vale S.A. sobre o valor econômico da vida humana, a provocação artística do grupo *Djambê* leva à incômoda constatação de que não existem muitos limites por aí. Assim se pode perceber que, desde 1973 a 2015, do

¹³ Sobre o tema, remete-se à cobertura especial realizada pelo jornal *Brasil de Fato*, abrangendo diversas notícias e reportagens sobre o referido desastre ambiental. Disponível em: <<http://antigo.brasildefato.com.br/node/33389>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

¹⁴ Conforme art. 2º da Resolução nº 1, de 15 de março de 2016, do Conselho Nacional dos Direitos Humanos.

¹⁵ Música *Quanto Vale?*, lançada de modo independente nas mídias sociais pelo grupo *Djambê*, composição de Emílio Dragão (2015).

caso do modelo *Ford Pinto* ao incidente ambiental de Mariana (MG), apareceram exemplos de uma mesma pergunta que demonstra a indignação popular: *quanto vale a vida para o capital?*

Para chegar à formulação do problema nesses termos, a presente pesquisa teve como marco teórico a concepção do fenômeno jurídico de Pachukanis (1988) e por fio condutor a investigação sobre a relação entre a AED e o planejamento empresarial relacionado à violação de normas jurídicas.

Diante de dificuldades de chegar ao cerne da relação entre violação de direitos e planejamento empresarial, optou-se por analisar as obras de Coase (1960) e Brown (1973), delimitando com elas o momento inicial da AED nos Estados Unidos da América. Ao analisar essas obras não estritamente como propostas teóricas, mas também como fontes históricas observáveis, pôde-se situá-las como manifestação histórica da concepção instrumental da violação de normas jurídicas, mais especificamente em três aspectos: a internalização dos riscos de criar prejuízos como fatores de produção (Coase); a formalização matemática desses riscos como técnica econômica (Brown); e a assunção da premissa de que agentes econômicos escolherão a opção economicamente mais benéfica entre cumprir ou descumprir normas jurídicas (Coase e Brown).

Como foi demonstrado, principalmente a partir da análise do caso do modelo *Ford Pinto*, há um alto grau de proximidade – tanto na correspondência das premissas assumidas quanto no uso de ferramentas analíticas – entre o desenvolvimento teórico da AED e o planejamento empresarial de violação de direitos referentes ao mesmo período. Assim, passou-se a falar em *análise econômica do direito aplicada* para se referir a casos semelhantes ao do modelo *Ford Pinto*.

Concluiu-se que tanto a AED, enquanto corrente teórica, quanto essa *análise econômica do direito aplicada* refletem a mesma concepção calculista dos efeitos da violação de normas jurídicas. A tecnicidade foi identificada como elemento específico sobre a qual avançou a AED em seu momento inicial, nas obras analisadas de Coase e Brown. Assim, a AED constituiu, nos marcos delimitados, ao mesmo tempo uma continuidade e um aprofundamento da concepção instrumental da violação de normas jurídicas.

Porém, é necessário afirmar que a verificação da hipótese da pesquisa, nos termos acima, é ainda incompleta e incipiente, abrindo-se doravante a verificações,

retificações, desenvolvimentos e aprofundamentos seguintes em geral. Afinal, trata-se de conclusão que se dá dentre necessários limites, conscientes ou não. Esses primeiros, tendo sido comentados no decorrer da exposição, podem ser assim sistematizados: a) por se tratar de trabalho realizado em certo espaço de viabilidade e de extensão, a pesquisa restringiu-se apenas à vertente positiva e a duas das obras fundantes do momento inicial da AED – Coase (1960) e Brown (1973), sendo necessário prosseguir os estudos em relação à vertente normativa e ao posterior desenvolvimento da AED; b) quanto à aplicação do direito, não se consideraram as especificidades de nenhum ordenamento jurídico específico, nem do estadunidense, tampouco do nacional, o que certamente culminaria em dados e resultados mais precisos para a análise; c) a pesquisa também se delimitou à análise de obras estadunidenses e a um estudo de caso referente ao mesmo país, não enfrentando, outrossim, as particularidades geopolíticas do fenômeno jurídico, cabendo apontar a necessidade de estudos mais aprofundados quanto à dimensão latino-americana dos fenômenos abordados; d) a pesquisa mencionou apenas secundariamente a possível relação do neoliberalismo com os fenômenos pesquisados, apontando para a necessidade de um estudo específico sobre essa indefinida intersecção histórica; e) de modo geral, pontua-se que também é necessário um desenvolvimento mais amplo sobre o fenômeno da concepção instrumental da violação de normas jurídicas no quadro dos diferentes momentos históricos do capitalismo.

Para além das delimitações metodológicas e das questões abertas apontadas acima, que apenas poderão ser superadas em próximas abordagens, o que se procurou realizar nesta pesquisa foi, em caráter aproximativo, uma melhor compreensão do real sentido histórico da violação de normas jurídicas enquanto fenômeno e da AED enquanto mediação entre o plano teórico e o planejamento empresarial. Cabe ao pensamento crítico avançar na compreensão do que representa de fato esta corrente de pensamento.

Referências bibliográficas

ARAÚJO E MENDONÇA, Maria Lírida Calou de; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Crise do capitalismo e a necessária mutação de paradigmas nas relações justrabalhistas, **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014, pp. 201-224.

BOWLES, Roger. Economics and law. In: GREENWAY, David; BLEANEY, Michael; STEWART, Ian M. T. (Orgs.). **Companion to contemporany economic thought**. Inglaterra, Londres: Routledge, 1991. pp. 781-796.

BROWN, John Prather. Toward an economic theory of liability, **The Journal of Legal Studies**, Estados Unidos da América, Chicago, v. 2, n. 2, junho de 1973, pp. 323-349.

COASE, Ronald H. The problem of social cost, **The Journal of Law & Economics**, Estados Unidos da América, Chicago, v. 3, out. 1960, pp. 1-44.

DOWIE, Mark. Pinto Madness. **Mother Jones**, Estados Unidos da América, setembro/outubro, 1977. Disponível em: <<http://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

DRAGÃO, Emílio. Quanto Vale?. Intérprete: Djambê. In: DJAMBÊ. **Djambê - Quanto Vale? (Clipe Oficial)**. Brasil: Canal “bandadjambe” (You Tube), 2016. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=U2kwUnA7tpY>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos e dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica da razão utópica**. Tradução Silvio Salej Higgins. Chapecó: Argos, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Iara Vigo de. **A matematização da teoria econômica**: uma abordagem histórica. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1999.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Volume I. Tomo 1. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade do Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MESZAROS, István. **A obra de Sartre**: busca da liberdade e desafio da história. Tradução Rogério Bettoni. São Paulo: Boitempo, 2012.

PACHUKANIS, Evguiéni Bronislavovitch. **Teoria Geral do direito e marxismo** [1924]. Tradução Paulo Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAZELLO, Ricardo Prestes. Contribuições metodológicas da teoria marxista da dependência para a crítica marxista ao direito, **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016, pp. 540-574.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO Júnior, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica, **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 1, 2009, Ago-Dez, pp. 7-23.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TERRA DE DIREITOS. **Empresas e violações de direitos humanos**: esse lucro não é direito. Curitiba: Terra de Direitos, 2015

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. A Justiça do Trabalho e a repetição da forma-valor, **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016, pp. 145-175.

VEYNE, Paul. **Como se escreve a história**. Brasília: Editora UnB, 1998

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no brasil, **REDUnB**, v.10, 2012, pp. 25-53.

ZANITELLI, Leandro Martins. Corporações e direitos humanos: o debate entre voluntaristas e obrigacionistas e o efeito solapador das sanções. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, pp. 37-57, dez./2011.

Sobre os autores

Guilherme Cavicchioli Uchimura

Mestrando em Estado, Economia e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná (PPPP/UFPR), com bolsa pela CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2010-2014). Participante do "NEFIL - Núcleo de Estudos Filosóficos" - PPGD/UFPR. Participante do Grupo de Pesquisa "Teoria e prática do Estado: fundamentos, história e discursos" - UFPR. E-mail: guilherme.uchimura@hotmail.com

Iara Vigo de Lima

PhD na University of Stirling, Scotland (UK). Pós-doutora na Universidade de Glasgow. Professora do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná (PPPP/UFPR). E-mail: iaravigo@ufpr.br

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.