

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

A NOVA ESCOLA DE CHICAGO E AS MODALIDADES DE REGULAÇÃO: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh>

Author

Filho, Edgar Gaston Jacobs Flores

Publication Date

2007-05-02

A NOVA ESCOLA DE CHICAGO E AS MODALIDADES DE REGULAÇÃO

Tendências do *Law and Economics* e aplicações para o direito brasileiro

RESUMO

O *Law and Economics* é uma doutrina originária dos Estados Unidos, mais especificamente da Escola de Chicago, que prega a utilização de métodos econômicos na análise de temas relacionados à teoria social e, no caso em tela, ao direito. Da evolução desta doutrina surgiu no final dos anos 90 uma nova escola de pensamento, que, sem abandonar as metodologias básicas de velha escola, introduziu um pensamento voltado para: (1) a multiplicidade das regulações, (2) a importância da intervenção através da lei e (3) o estudo das normas sociais como elemento central da análise da sociedade. Esta nova visão, que possibilita uma análise menos fria da realidade social, aparentemente é mais adequada à realidade brasileira que os estudos anteriores, forjados em doutrinas puramente liberais. Para confirmar esta hipótese estudaremos a aplicação da teoria das regulações múltiplas em dois casos, um sobre as informações processuais disponibilizadas na internet e outra sobre a concessão de incentivos para os doadores de sangue. Em ambos os casos a Nova Escola de Chicago contribui para análises aprofundadas das questões jurídicas envolvidas, trazendo, em complemento, uma aproximação maior entre o direito, as regras de mercado, as arquiteturas e a sociedade.

Palavras chave: Direito e economia; Normas sociais; Nova Escola de Chicago; Análise positiva e normativa de jurisprudência.

ABSTRACT

The Law and Economics is a doctrine originary from the United States, more specifically of the Chicago School, that nails the use of economical methods in the analysis of themes related to the social theory and, in the case in screen, to the right. Of the evolution of this doctrine it appeared in the end of the nineties a new thought school, that, without abandoning the basic methodologies of old school, it introduced a thought returned for: (1) the multiplicity of the regulations, (2) the importance of the intervention through the law and (3) the study of the social norms as central element of the analysis of the society. This new vision, that makes possible a less cold analysis of the social reality, seemingly is more appropriate to the Brazilian reality that the previous studies, wrought in doctrines purely liberal. To confirm this hypothesis we will study the application of the theory of the multiple regulations in two cases, one on the judicial information made available in the internet and another on the concession of incentives for the donors of blood. In both cases the New School of Chicago contributes to deepened analyses of the involved juridical subjects, bringing, in complement, a larger approach among the right, the market rules, the architectures and the society.

Words key: Law and Economics; Social norms; New Chicago School; Positive and normative analysis of jurisprudence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	2
2. DO LAW AND ECONOMICS À NOVA ESCOLA DE CHICAGO	3
2.1. DOS PROGRAMAS DE DIREITO E ECONOMIA À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	3
2.2. DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ANÁLISE DAS MODALIDADES DE REGULAÇÃO	5
3. MERCADO, ARQUITETURA E NORMAS SOCIAIS: AS OUTRAS MODALIDADES REGULAÇÃO E A METODOLOGIA DA NOVA ESCOLA DE CHICAGO	8
3.1. AS MODALIDADES EXTRALEGAIS DE REGULAÇÃO.....	8
3.1.1. O MERCADO	8
3.1.2. A ARQUITETURA	10
3.1.3. AS NORMAS SOCIAIS	12
3.2. QUESTÕES METODOLÓGICAS	16
3.2.1. A COAÇÃO SUBJETIVA E OBJETIVA E AS MODALIDADES DE REGULAÇÃO	16
3.2.2. O SIGNIFICADO DAS RESTRIÇÕES	17
3.2.3. A NATUREZA DAS SUBSTITUIÇÕES.....	18
3.2.4. OUTRAS FERRAMENTAS METODOLÓGICAS	19
4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL À LUZ DA NOVA ESCOLA DE CHICAGO.....	20
4.1. O JUDICIÁRIO E A NOVA ARQUITETURA VIRTUAL: VALIDADE DAS INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS NA INTERNET	20
4.1.1. NOVO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O TEMA	23
4.2. INTERVENÇÃO INDIRETA DO ESTADO: A CRIAÇÃO DE NORMAS SOCIAIS E DE MERCADO PARA A DOAÇÃO DE SANGUE.....	24
5. CONCLUSÃO.....	26
6. BIBLIOGRAFIA	28

1. INTRODUÇÃO

A grande transformação que o *Law and Economics*, especialmente a Escola de Chicago, tentou promover no direito norte-americano foi a valorização da regulação feita pelo mercado, através de incentivos e preços implícitos.

Inicialmente, na década de 1930, os precursores dos programas e currículos de direito e economia em Chicago trataram do tema com amplitude, almejando uma abordagem interdisciplinar para a análise da estrutura institucional de sociedade, este movimento iniciou um ataque à “centralidade da lei”, cuidando de manter as regras de mercado como forma de regulação privilegiada que deveria, inclusive, ser protegida pelo direito.

Algumas décadas depois, o então “novo” *Law and Economics*, manteve foco numa aplicação da teoria econômica, mas passou a centrar seus estudos na análise do comportamento dos agentes dentro da “arena legal”, com pouco ou nenhum interesse em entender as bases legais do sistema econômico (MEDEMA, 2003). Nos dizeres de Steven G. Medema, os estudos do *Law and*

Economics que se iniciaram nos anos 60 fizeram parte de um movimento “que apresenta a microeconomia neoclássica como teoria social” (2003, p. 17).

Apresentando esta proposta de Análise Econômica do Direito, Becker, Posner e outros autores perceberam os indivíduos como seres racionais, que almejam a maximização de sua própria satisfação e construíram uma doutrina jurídica onde a eficiência era o valor central. Neste quadro surgiu e se consolidou o que chamaremos a primeira geração do *Law and Economics*.

Desde o final dos anos 90, porém, esta doutrina vem gradualmente cedendo espaço para a Nova Escola de Chicago, uma abordagem ainda mais ampla da regulação que, além de reconhecer a regulação pelas leis e por instrumentos de mercado observa a influência das arquiteturas e das normas sociais sobre o comportamento dos indivíduos. A respeito das arquiteturas, os novos estudos estão centrados nos espaços urbanos e no ciberespaço e com relação às normas sociais, temas como práticas comerciais e costumes são recorrentes. Mas, não são apenas estes os novos traços do *Law and Economics*. Para a Nova Escola de Chicago a lei volta a ter papel importante regulando as ações humanas direta e indiretamente.

Enfim, trata-se de uma modificação metodológica, que resgata a lei como instrumento de regulação e valoriza as interações sociais humanas, em especial as normas, que nos dizeres de Richard MacAdams (1997, p. 383), são: os *regulamentos sociais informais que indivíduos se sentem obrigados a seguir por causa de uma sensação internalizada¹ de dever, por causa do medo de sanções não-legais externas, ou ambos.²*

O presente artigo trata desta nova escola. No primeiro tópico vamos traçar um breve histórico, demonstrando, também, as semelhanças e diferenças entre a “velha” e a “nova” Escola de Chicago. No segundo, trataremos das bases metodológicas da “Nova Escola de Chicago”, propostas por Lawrence Lessig e das três modalidades extralegais de regulação com ênfase nas normas sociais. Na terceira parte os conceitos apreendidos são analisados em face do direito brasileiro. Finalmente, na conclusão do trabalho, algumas críticas e propostas serão apresentadas.

2. DO LAW AND ECONOMICS À NOVA ESCOLA DE CHICAGO

2.1. DOS PROGRAMAS DE DIREITO E ECONOMIA À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Os primeiros estudos em direito e economia desenvolvidos pela Escola de Chicago demonstravam uma pretensão de estudos interdisciplinares amplos, sem a predominância da economia sobre o direito ou vice-versa. Acadêmicos como Henry Simons e Aaron Director, foram responsáveis pela introdução e consolidação de um currículo interdisciplinar – direito e economia – num período de maturação que durou do final da década de 1930 a meados da

¹ “Internalizada” é um termo técnico da economia que significa “interiorizada”.

² ... refers to informal social regularities that individuals feel obligated to follow because of an internalized sense of duty, because of a fear of external non-legal sanctions, or both. (tradução livre)

década de 1940. Naqueles primórdios temas como antitruste e influência do direito na eficiência do sistema produtivo dominavam os estudos.

À época a Escola de Direito e Economia de Chicago, buscando um sistema legal que garantisse a eficácia e eficiência do sistema competitivo, estudou e aplicou um direito que, usando de instrumentos similares as leis de mercado (incentivos, preços implícitos etc.), intervêm nas estruturas sociais para garantir estes valores liberais. A este respeito Mercurio e Medema (1999, p. 53-4) mencionam as palavras do ex-diretor do programa de *Law and Economics* da Universidade de Chicago, Edmund Kitch, para lembrar que o *interesse na economia não surge de um pensamento anti-intervencionista*. Ao contrário, ele surge da idéia que o sistema legal intervém no sistema econômico e que, nestas circunstâncias, *a contribuição dos economistas pode ajudar as escolas de direito a aprender como fazer isso bem*.

Após a segunda guerra mundial, algumas alterações metodológicas importantes na escola de economia influenciaram uma mudança do projeto *jus-econômico*. Do ocaso da guerra aos anos 60, Milton Friedmam, George Stigler, Aaron Director e Gary Becker partindo do pensamento do veterano professor de economia de Chicago, Frank Knight, tomaram frente na implementação de uma segunda escola, tanto de pensamento econômico, quanto de direito e economia. Estes acadêmicos, apesar da influencia de Knight, um economista avesso aos instrumentos matemáticos e quantitativos, passaram a trabalhar com pesquisas empíricas e tratar o “imperialismo econômico”³ como um verdadeiro credo.

Nesse período surge a Análise Econômica do Direito, como uma outra opção para os acadêmicos de Chicago. Trabalhos fundados nas premissas da segunda escola econômica de Chicago e nos artigos de Ronald Coase: *The Nature of the Firm*, de 1937; e *The Problem of Social Cost*, de 1960, marcaram a ascensão da Análise Econômica do Direito, que teve como grandes expoentes em Chicago, Richard Posner e Gary Becker. O *Journal of Law and Economics*, fundado por Coase e Director, em 1958, era o grande veículo de divulgação das recém lançadas bases do novo pensamento que aplicava as técnicas de análise empírica e o individualismo metodológico, para expor a supremacia da regulação por instrumentos de mercado.

A partir dos estudos voltados para Análise Econômica do Direito a Escola de Chicago se consolida como precursora do *Law and Economics*, mantendo uma metodologia baseada em três pilares básicos:

1. As pessoas são maximizadoras racionais de sua própria satisfação;
2. “As normas legais são preços”;
3. O direito deve ser analisado sob a perspectiva da eficiência.

A primeira assertiva está relacionada à metodologia utilizada nestas primeiras fases. O individualismo metodológico, que além de isolar os agentes econômicos, busca fundamento na

³ “Imperialismo econômico” pode ser considerado uma concepção de que é possível uma análise econômica de todas as nuances do comportamento humano

doutrina do utilitarismo. Desse ponto de vista a racionalidade pressuposta é a busca da satisfação pessoal, desconsiderando-se as interações sociais e eventuais valores não egoísticos.

As leis certamente são preços e neste segundo ponto a “Velha” Escola de Chicago se alinha com outras correntes de pensamento jurídico. A este respeito, além dos constrangimentos legais (preços) que impedem as pessoas de ter condutas indesejáveis, os estudiosos de Chicago propõem a utilização de incentivos legais ou sanções premiais. Esta dicotomia custo/incentivo cria uma estrutura similar ao mercado, onde pessoas decidem suas posturas em face do ordenamento jurídico seguindo a mesma lógica pela qual se posicionam nas questões econômicas.

Finalmente, outra pedra fundamental do *Law and Economics* em Chicago é a questão da eficiência. Adotando o “ótimo de Pareto” e o critério de Kaldor-Hicks, Richard A. Posner e outros autores buscavam demonstrar que, quando fosse necessário, o direito – especialmente, no caso do *common law* - deveria estimular uma mudança no comportamento das pessoas com objetivo de conduzir a sociedade de uma situação “A”, para uma situação “B”, com o menor gasto de recursos possível. A eficiência só ocorreria se na situação “B”, pelo menos uma pessoa estivesse melhor e nenhuma estivesse pior que na anterior (superior de Pareto) ou se, nesta última situação, as pessoas eventualmente prejudicadas pudessem ser compensadas pelas pessoas beneficiadas (critério de Kaldor-Hicks).

Os critérios de “melhor”, “pior”, “compensadas” e “beneficiadas” são todos avaliados em valores numéricos, financeiros mesmo. Portanto, Posner e seus seguidores expressavam sua eficiência em termos de *maximização da riqueza social*, uma espécie de novo valor agregado à idéia de justiça. Nas palavras daquele autor:

Um segundo significado de “justiça”, e o mais comum eu diria, é simplesmente “eficiência”. Quando nós descrevermos como “injusta” a condenação de uma pessoa sem um julgamento, a subtração da propriedade sem uma compensação, ou o fato de não exigir de um motorista automóvel negligente que responda por danos à vítima do descuido dele, nós podemos interpretar de maneira simples que a conduta ou prática em questão desperdiça recursos. (MERCURO e MEDEMA, 1999, p.51).

2.2. DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ANÁLISE DAS MODALIDADES DE REGULAÇÃO

Lessig (1998, p. 665) esclarece que o termo “Escola de Chicago”, se referia a uma análise das múltiplas restrições, ou modalidades de regulação, na perspectiva da escolha racional. A análise destas múltiplas regulações era feita na Velha Escola de Chicago com o objetivo de diminuir a importância da lei, tratando-a como uma regulação menos efetiva. Os vários departamentos da universidade, cada um a sua maneira, demonstrava a ineficiência das leis e apresentava outras formas de regulação como opção.

As bases destes estudos, como dito antes, foram os textos de Ronald Coase. Daqueles trabalhos, os primeiros estudiosos do *Law and Economics* tiraram o chamado *Teorema de Coase*, segundo o qual: *quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final de do processo de negociação entre as partes será eficiente,*

independentemente da parte a que se assimilam os direitos de propriedade. Esta proposição expunha a importância limitada da lei (definição inicial de direitos), valorizando a possibilidade de barganhas à margem do sistema legal quando os custos de transação (gastos com a negociação) tendessem a zero. Esta busca de independência em relação ao direito abriu espaço para o estudo de novas formas de regulação.

Os textos clássicos sobre a eficiência do controle do monopólio pelo mercado, tratado por diversos autores, dentre os quais o próprio Richard Posner⁴, são boas amostras desta proposta de substituição das restrições – ou regulações – legais por outros instrumentos, em especial pelas regras de mercado.

Noutro departamento, ainda conforme Lawrence Lessig, os trabalhos de Robert Ellickson expõem a importância das normas sociais – costumes, hábitos, práticas comerciais etc. – em detrimento das leis. Sobre o assunto, Ellickson fez um estudo de aplicação empírica do Teorema de Coase, que resultou numa obra chamada *Order without Law*, onde o autor destaca a “insignificância” da lei na solução de questões envolvendo donos de terra e gado numa cidade da Califórnia. Um terceiro departamento de Chicago estuda a relação entre a arquitetura e a conduta das pessoas. Para ilustrar esta “relação”, Lessig (1998, p. 665-6) menciona Erving Goffman⁵, que trata das restrições impostas às condutas pelos espaços criados pelo homem.

Todos estes três departamentos têm em comum uma luta contra a centralidade da lei, expondo uma forma de pensar em que as pessoas sofrem restrições diversas, pelo mercado, pelas normas sociais e até mesmo pela arquitetura, que as induzem a ter certos comportamentos. E esta indução, para a Velha Escola de Chicago, é sempre mais relevante e eficiente que as imposições previstas em leis formais. Sob estes alicerces, firmes nas três formas de regulação extralegal, o *Law and Economics* cresceu e se consolidou.

A Nova Escola de Chicago não abandona estas bases, ao contrário, mercado, arquitetura, normas sociais e a lei são as coações ou *modalidades de regulação* do comportamento que embasam o pensamento da nova escola. A figura 1 é uma ilustração já bastante difundida na obra de Lessig, que trata destas coações em atuação simultânea e concorrente. Nessa proposta, as condutas e atividades são reguladas ao mesmo tempo, mas em doses diferentes, pelas quatro formas de regulação mencionadas.

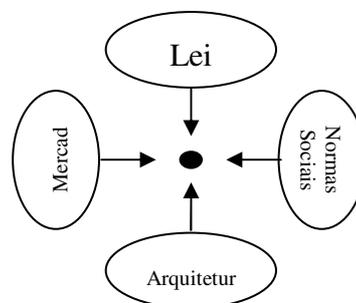


Figura 1. Modalidades de Regulação.

⁴ Ver. POSNER, R. *Natural Monopoly and its Regulation*. 30th Anniversary Edition with a new preface by the author. Washington, D.C.: Cato Institute, 1999.

⁵ Ver GOFFMAN, E. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

Ao expor seu modelo, o autor revela que a abordagem da nova escola, além de reconhecer e estudar as modalidades de regulação estuda a influência da lei nas outras três modalidades. Aí surge uma diferença entre a Velha e a Nova Escola. Enquanto a antiga tradição buscava substituir a lei, a Nova Escola de Chicago rompe este paradigma e valoriza a influência da lei. Tanto de forma direta, ou seja, diretamente sobre o comportamento do agente, quanto de forma indireta, modificando as demais coações (figura 2), a lei é determinante para o controle do comportamento dos indivíduos. Mesmo atuando indiretamente, a lei recupera sua posição de grande relevância, como instrumento para constituir e modificar os mercados, para afetar a relação dos indivíduos com determinadas arquiteturas ou mesmo para facilitar ou impedir o surgimento, a proliferação e a aplicação de determinadas normas sociais.

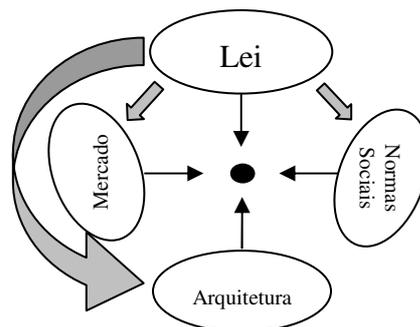


Figura 2. Atuação da lei sobre as demais modalidades de regulação.

É importante lembrar que a lei normalmente já influencia nas demais modalidades de regulação. E que, no sentido contrário, elas interferem na aplicação da lei. Entretanto, a aplicação da lei proposta pela Nova Escola de Chicago difere desta simples interação. A atuação indireta da lei é uma *deliberada* modificação das modalidades de regulação *para* obter uma alteração de comportamento dos indivíduos, das empresas ou de toda uma coletividade. Desta maneira a lei “usa ou coopta” os poderes regulatórios das demais modalidades para atingir seus próprios fins (LESSIG, 2003, p. 667).

Essa atuação indireta pode ser ilustrada pelo caso dos cintos de segurança:

O governo poderia querer aumentar o uso de cintos de segurança. Podia então aprovar uma lei para exigir o uso de cintos de segurança (lei regulando o comportamento diretamente). Ou podia financiar campanhas de educação públicas para criar um estigma contra aqueles que não usam cintos de segurança (lei regulando normas sociais, como um meio a regular o comportamento). Podia, também, criar um subsídio para que as companhias de seguro ofereçam taxas reduzidas para aqueles que usam cinto de segurança (lei regulando o mercado, como um meio de regular o comportamento). Podia, enfim, impor a instalação de cintos de segurança de fechamento automático ou cintos que impedissem a ignição, quando não estivessem fechados (mudando a arquitetura do automóvel, como um meio para regular o comportamento). Cada ação tem um pouco de efeito sobre comportamento de quem deve usar dos cintos; Cada um tem, também, um custo. A pergunta novamente é como conseguir o melhor “comportamento no uso de cintos” dado os custos⁶.

⁶ *The government might want to increase the wearing of seat belts. It could therefore pass a law to require the wearing of seat belts (law regulating behavior directly). Or it could fund public education campaigns to create a stigma against those who do not wear seat belts (law regulating social norms, as a means to regulating belting behavior). Or the law could subsidize insurance companies to offer reduced rates to seat-belt wearers (law*

Apesar desta diferença de tratamento dos temas, notadamente do resgate da importância da lei, podemos dizer que não existe ruptura entre o pensamento da Velha e da Nova Escola de Chicago. O reconhecimento da existência de outras formas de regulação a busca por uma regulação eficiente, onde os custos sejam menores, e outras posições em comum, garantem o elo entre o pensamento atual e da doutrina de *Law and Economics* em Chicago nos anos 60. Além disso, o rompimento com o individualismo metodológico e a valorização das interações sociais já vinha sendo objeto de análise da Velha Escola, principalmente no departamento da universidade que estudava as normas sociais.

Por outro lado, a mudança metodológica e o ressurgimento da lei deram novo brilho às idéias do *Law and Economics*. Abrindo espaço para uma análise mais completa do direito, que interage transversalmente no âmbito da sociedade contemporânea, uma sociedade onde o indivíduo é parte de grandes redes de relacionamento, as quais dependem de normas sociais, espaços sem restrições, mercados mais controlados e, é claro, das leis.

3. MERCADO, ARQUITETURA E NORMAS SOCIAIS: AS OUTRAS MODALIDADES REGULAÇÃO E A METODOLOGIA DA NOVA ESCOLA DE CHICAGO.

3.1. AS MODALIDADES EXTRALEGAIS DE REGULAÇÃO

3.1.1. O MERCADO

A crença de que o mercado tem suas “leis” não é nova. Adam Smith tratou de lembrar aos economistas ocidentais suas virtudes e a necessidade de sua preponderância em face das normas legais.

Quando um assaltante, por exemplo, decide que vale mais a pena correr o risco de passar alguns anos na prisão do que ser pobre age contra as leis, mas tem seus olhos voltados para o mercado. Mercado onde o consumidor escolhe não apenas entre as mercadorias disponíveis, mas entre todas as formas de obter ou deixar de obter satisfação.

O pano de fundo desta análise também é antigo, a filosofia utilitarista, o sujeito egoísta, as escolhas racionais. Neste sistema os indivíduos, as empresas e até mesmo as coletividades são incentivados ou desestimulados de agir por interesses auto-centrados. Nesta seara, as normas legais, ou simplesmente leis, podem ter o papel de intervir e modificar as condições de mercado, atribuindo preços às condutas para influir nas escolhas. Entretanto, para a Velha Escola de Chicago, a lei só tinha valor enquanto forma de criar condições para o funcionamento do mercado, reduzindo os custos de transação e alocando direitos.

regulating the market, as a way to regulating belting behavior). Or the law could mandate automatic seat belts, or ignition locking systems (changing the architecture of the automobile, as a means to regulate belting behavior). Each action has some effect on belting behavior; each also has some cost. One question again is how to get the most “belting behavior” given the costs. (LESSIG, 1998, p. 668, tradução livre).

Estas metodologias, decorrentes da aceitação do Teorema de Coase, deram início a um conjunto de estudos de *Law and Economics* que trataram de temas como antitruste, contratos, responsabilidade civil, sistema processual do *common law*, família, segurança pública etc. Na maioria das vezes eram exaltadas as virtudes das barganhas e acordos e das soluções eficientes em termos de gastos de recursos.

Robert Cooter foi um dos primeiros a destacar que, em sentido contrário, *o acordo é mais provável se as rodadas de negociação geram mais custos* (*Bargaining in the Shadow of the Law*, 1982, p. 159), ou seja, criam mais custos de transação.

Observando que as pessoas se envolviam em barganhas estratégicas - nas demandas relativas à poluição e, até mesmo, nos litígios de divórcio, Cooter propôs, num outro artigo do mesmo ano (*The Cost of Coase*, 1982), uma postura entre o que chamou de Teorema de Hobbes (forte intervenção do Estado) e o Teorema de Coase (intervenção mínima do Estado). A partir destas objeções Cooter se tornou um dos mais importantes críticos do imperialismo econômico e acabou abrindo espaço para os teóricos da Nova Escola de Chicago. Estudos sobre corrupção e consumo de cigarros, dentre outros, passaram a propor a substituição dos instrumentos de mercado por mecanismos legais – de comando e controle.

Nesse mesmo momento os estudos de psicologia experimental cognitiva de Daniel Kahneman (TVERSKY e KAHNEMAN, 1981) trouxeram relevante oposição teórica ao paradigma da racionalidade, destacando o papel das heurísticas⁷, ou seja, das *hipóteses prévias* que nem sempre estão corretas, mas as quais sempre recorremos tomar decisões.

Assim, por exemplo, quando decidimos abrir uma empresa julgamos esta situação não apenas com base em nossas emoções e em opções puramente racionais (interesse por lucro, por exemplo), mas em uma “estrutura” [*frame*] de análise que envolve *hipóteses prévias* como: “a constituição de uma empresa no Brasil é demorada”; “pessoas com o ‘nome sujo’ não podem abrir empresas”; “os tributos são muito elevados”; “não vale a pena assumir custos trabalhistas” etc. Todas estas afirmativas podem ser aceitas – dependendo da disponibilidade das informações e de sua similaridade com a situação em análise – e o processo decisório (julgamento e decisão) deixa de ser racional porque, normalmente, sequer chega a verificar efetivamente a veracidade das *hipóteses prévias*, simplesmente aceita estas heurísticas.

Tal forma de agir cria *erros e vieses*, que tornam as decisões não-rationais. E esta constatação inviabiliza a atuação isolada do indivíduo a margem das leis, como havia proposto Coase.

A nosso ver, nesse novo quadro a lei assume o papel de sinalizar com clareza qual deve ser a conduta dos indivíduos. E quanto mais específica a lei, mais representatividade ela tem para os indivíduos em uma dada situação. Assim, uma nova possibilidade para a lei, nas questões de

⁷ *Heurísticas são regras gerais de influência utilizadas pelo decisor para simplificar seus julgamentos em tarefas decisórias de incerteza. (...) Muitos julgamentos e tomadas de decisão do cotidiano são feitos sob incerteza quando desconhecemos as probabilidades associadas aos possíveis resultados de uma tarefa decisória. (...) Para lidar com um mundo complexo e marcado por rápidas mudanças, as pessoas desenvolveram modos simples de raciocinar. No que tange ao julgamento e tomada de decisão, as heurísticas assumem o papel de simplificar o processamento cognitivo que envolve julgar alternativas sob incerteza. (TONETTO, KALIL, MELO et al, 2006)*

mercado e consumo, é substituir à heurística, apresentando uma *hipótese prévia* para as decisões incertas e resgatando, ainda que parcialmente, um pouco da racionalidade que se esperava encontrar no mercado.

Alguns “novos” autores de Chicago, como Eric Posner, sem abandonar a crença nas regras de mercado, já tratam do assunto da sinalização de maneira explícita e outras teorias têm sido desenvolvidas pela Nova Escola com foco na crise do paradigma da racionalidade e da necessidade da intervenção nos mecanismos de mercado, através da lei.

3.1.2. A ARQUITETURA

Apesar de todas as teorias econômicas, sociológicas e jurídicas as pessoas continuam sendo dominadas pela natureza que lhes impõe os mais claros limites, ou regulações. Com o avanço das técnicas humanas, as transformações empreendidas pelo homem para adaptar os espaços aos seus interesses trouxeram mais liberdades, porém, em contraponto criaram novos limites, postos pela arquitetura e pelo novo espaço cibernético.

Em 1921, Robert Park e Ernest Burgess cunharam o conceito de “ecologia humana” que tornou-se a base da Escola de Chicago na área interdisciplinar entre sociologia e arquitetura. Utilizando-se de dados quantitativos e qualitativos os ecologistas de Chicago se afastaram dos métodos corriqueiros da sociologia e se aproximaram dos economistas. Esta Teoria Sociológica era ambientada no espaço urbano, marcada pela ênfase na competição e, originalmente, afastava-se das questões culturais e políticas em sua análise social. Em resumo, as pessoas viveriam sob a influência de uma seleção competitiva, que regulava a própria disposição dos assentamentos humanos no que Burgess definiu como “comunidade ecológica”.

Enquanto a Primeira Escola, nessa área, estudava a comunidade ecológica diferenciando-a da comunidade política e da cultural, os autores da segunda geração estudaram a relação entre a comunidade geográfica e política, pesquisando os valores que estas comunidades tornam possíveis. Bons exemplos são os estudos de Gerald E. Frug e Richard T. Ford.

A pesquisa de Gerald Frug é centrada na visão de que as cidades foram sistematicamente privadas de poder passando a ser tratadas como uma subdivisão do estado. Por este motivo, Ford, afirma que seu colega sugere a reapropriação de *alguns dos poderes formais e das qualidades associativas da corporação municipal medieval para cidades americanas*⁸. Na realidade a autonomia local e a descentralização de poder - ou, na linguagem jurídica brasileira, da competência legislativa dos municípios para assuntos locais – são temas recorrentes na obra de Frug, que critica duas concepções comuns de governos municipais: (1) a cidade como negócio; e (2) a cidade como uma comunidade orgânica. Em oposição a estes modelos o autor

⁸ *Frug wants to recapture some of the formal powers and associational qualities of the medieval municipal corporation for American cities.* (FORD, 2003, p. 232, tradução livre).

ressalta que *função original da cidade é promover uma comunidade pública cosmopolitana, através da provisão de serviços comuns e da criação de espaços públicos comuns*⁹.

No contexto das idéias de Frug, a lei tem importância central e a questão da postura egoísta e limitada das pessoas está intimamente ligada ao ambiente construído das cidades. A partir desta constatação surge a proposta, nos moldes da Nova Escola de Chicago, de uma intervenção das leis dos governos locais para ajudar a transformar os cidadãos em pessoas mais solidárias e conscientes de suas interconexões com outros.

Uma descrição desta abordagem pode ser vista no artigo *Citizens and Property Rights*, no qual Gerald Frug trata do problema da criminalidade nas cidades latino americanas, deixando de lado as leis criminais e enfatizando as leis sobre propriedade. Neste estudo, após uma análise de como os espaços de shoppings e prédios de escritórios poderiam se tornar ainda mais abertos ao público, Frug sugere que: *A expansão de áreas cercadas nas principais cidades levanta uma questão de política legislativa: qual natureza da propriedade e qual a extensão da propriedade individual?*¹⁰. Como solução ele aponta, além do aprimoramento das leis sobre a propriedade, uma execução rígida de leis que proibam a discriminação, impondo limites até mesmo às possibilidades de abordagem das pessoas pelos guardas de segurança.

Outro aspecto das “arquiteturas” que vem sendo estudado naquela universidade é a crescente imersão da sociedade no ciberespaço. Em meados dos anos 90 os estudos pioneiros em Chicago trataram a internet como um espaço não-regulável, um espaço naturalmente livre onde qualquer tipo de intervenção seria inviável.

A segunda geração acredita na possibilidade de utilização de métodos indiretos para regular o ciberespaço. Nessa linha um dos autores mais citados é Joel Reidenberg.

Reidenberg (2004) sustenta que o controle da internet é uma obrigação dos estados democráticos e que esta tarefa pode ser cumprida por meio de uma reengenharia na internet que já está em curso. Esta reengenharia da grande rede vem criando *mecanismos tecnológicos de imposição do direito*, que são instrumentos destinados a impor escolhas públicas e leis. Como relata o autor, estes instrumentos foram usados em casos isolados, como os bloqueios de conteúdo registrados na China. Numa nova fase, que certamente resultará dos conflitos internacionais a respeito do assunto, surgirão critérios internacionais para estes instrumentos de controle.

Na seqüência, os tipos de instrumentos são abordados na parte teórica daquele estudo, sendo divididos em três categorias: (1) a criação de fronteiras eletrônicas ao redor de um Estado para garantir complacência com leis e políticas; (2) a imposição de bloqueios eletrônicos para coibir as violações; e (3) a imposição de sanções eletrônicas para castigar os infratores (REIDENBERG, 2004, p. 227).

⁹ *Frug argues that a unique function of the city is to promote a cosmopolitan public community through the provision of common services and the creation of common public spaces.* (FORD, 2003, p. 234, tradução livre)

¹⁰ *The spread of walled areas in major cities raises a legal policy issue: what is the proper nature and extent of one's property rights?* (FRUG, 2003, tradução livre)

Complementando sua análise, Reidenberg também propõe a responsabilização progressiva dos intermediários, como provedores, serviços de hospedagem de sites e intermediários de pagamento (a empresas de cartão de crédito, a PayPal, a MercadoPago etc.). Aqui o objetivo é atingir aqueles que, mesmo não sendo responsáveis por irregularidades, podem coibi-las ou ainda, podem facilitar a aplicação das leis fornecendo informações sobre os infratores.

No Brasil, pode ser considerado um exemplo desta intervenção indireta o discutível projeto de Lei do Senado nº. 109/04, que (1) criminaliza o consumo de pornografia infantil, (2) obriga o provedor a informar a existência deste tipo de site e (3) permite ao Ministério Público obter dados de cartão de crédito dos consumidores. Este exemplo, aliás, nos deixa entrever toda a complexidade desta forma de regulação, que no caso está sujeita a interferência das legislações internacionais e afeta o direito a intimidade.

3.1.3. AS NORMAS SOCIAIS

As normas sociais são o tema central da Nova Escola de Chicago.

De acordo com Mercurio e Medema (2006), o assunto entrou de vez na agenda de Chicago com o estudo já mencionado de Robert Ellickson, de 1991. O título do livro, *Order without law*, já indica a abordagem que observa a existência de uma regulação social independente. Talvez, por se tratar de uma pesquisa de cunho primordialmente descritivo, o estudo não cogitava da atuação direta ou indireta da lei. Além de Ellickson, essa primeira geração de estudos das normas sociais agregou alguns colaboradores que vieram do movimento *Law and Society* e outros das áreas mais ligadas ao *Law and Economics*.

Normas sociais eram consideradas independentes da lei e pareciam essencialmente inalteráveis em relação às suas influências (MERCURIO e MEDEMA, 2006, p. 317). Nesse sentido eram vistas como “forças fora da lei” que podem regular o comportamento melhor que as normas legais. Mirando esta independência aquela geração de teóricos das normas sociais, nos mesmos moldes dos pensadores mais antigos de Chicago, defendiam a não-intervenção Estatal.

O movimento da Nova Escola de Chicago surge, então, como uma reação a este “fundo anti-ativista” da Velha Escola de Chicago. O grupo novo de estudiosos é formado por estudiosos oriundos de áreas diversas, dentre os quais se destacam Cass Sunstein, Dan Kahan, Lawrence Lessig, Kenneth Dau-Schmidt, e Richard Pildes (MERCURIO e MEDEMA, 2006, p. 317-8). E o ativismo, ou seja, a defesa de uma postura ativa do Estado, marca os trabalhos desta nova escola de normas.

Apesar das posturas comuns, ainda são muitas as discussões sobre as origens e os conceitos básicos das normas sociais, mas existem pelo menos duas bem delineadas formas de abordar o tema: a Teoria da Sinalização, de Eric Posner e a Teoria da Estima, de Richard McAdams. Além destas teorias, estruturadas como teorias completas, podemos ainda acrescentar a contribuição de Lessig e Sunstein, que sempre deverão ser analisadas num estudo mais amplo das normas sociais.

Richard McAdams defende a incorporação das normas sociais na análise econômica do direito e propôs sua teoria com a finalidade de superar as ambigüidades na literatura sobre normas sociais (MERCURO e MEDEMA, 2006, p 327). Segundo McAdams (1997, p. 347), as normas são importantes para a análise da lei, pois: (1) às vezes as normas controlam o comportamento individual afastando o controle das leis; (2) às vezes as normas e as leis influenciam em conjunto este comportamento; e (3) às vezes as normas e as leis se influenciam reciprocamente .

A partir destas constatações o autor busca, na postura dos economistas, os pontos preliminares para a definição de normas (MCADAMS, 1997, p. 350-1). Em primeiro lugar, ele aceita que há uma distinção entre normas e leis e que ambos podem ser vistos como obrigações. Em seguida, adota a idéia de que podem ser criadas obrigações não-legais que, por sua vez, podem ser impostas de uma maneira centralizada ou descentralizada.

Feitas as considerações básicas sobre normas, expõe sua preocupação em desenvolver uma teoria que explique, racionalmente, a origem das normas sociais. E sem negar contribuições anteriores, apresenta como solução a Teoria da Estima, por ele sinteticamente descrita:

Pessoas podem resolver os problemas de segunda-ordem de ação coletiva porque, ao nível mais básico, elas podem, sem custos para si mesmos, castigar os violadores da norma retirando deles a estima que buscam. Se muitas pessoas concordam que um comportamento merece desaprovação, se há um risco inerente que o comportamento seja descoberto, e se este acordo e risco forem bem conhecidos, então este padrão de desaprovação cria custos ao comportamento. Quando suficientemente grandes estes custos produzem uma norma contra o comportamento¹¹.

Partindo da idéia de uma competição por estima entre os indivíduos, a teoria trata de maneira extremamente simples o surgimento das normas, mas McAdams não postula o surgimento indiscriminado das normas, ao contrário, para que estes custos criados pelas pessoas sejam “suficientemente grandes”, três condições, baseadas no conceito acima, têm de ser cumpridas: (1) o consenso (2) o risco de descoberta; e (3) a publicidade destas circunstâncias (MCADAMS, 1997, p. 358).

Descritas as bases da Teoria da Estima, falta ainda expor a relevância da intervenção das leis nas normas. Nesse sentido, as propostas de utilizar a lei como um sinal para aumentar a publicidade do consenso e risco já mencionados; de utilizar a lei para evocar a culpa e de utilizá-la para afastar as normas sociais indesejáveis demonstram sintonia com a postura adotada pela Nova Escola de Chicago.

Tratando das normas sociais sob outro prisma, Eric Posner (2000), no seu livro *Law and Social Norms*, apresenta uma consolidação dos estudos que vinha produzindo sobre normas sociais desde 1996. Nessa obra, o autor mantém vínculos claros com as teorias de escolha racional e com a Velha Escola de Chicago para apresentar uma teoria por ele mesmo batizada de Teoria da Sinalização.

¹¹ *People can solve the second-order collective action problem because, at the earliest level, they can costlessly punish norm violators by withholding from them the esteem they seek. If many people agree that a behavior deserves disapproval, if there is an inherent risk the behavior will be detected, and if this agreement and risk are well-known, then the pattern of disapproval itself creates costs to the behavior. When sufficiently large, these costs produce a norm against the behavior.* (MCADAMS, 1997, p. 355, tradução livre).

Segundo Eric Posner, sua obra trata da relação entre a lei e os "mecanismos não-legais de cooperação" (2000, p. 3-4) e postula suprir uma lacuna na teoria legal e especialmente no *Law and Economics*. Como convém a uma teoria que se enquadra na doutrina da Nova Escola de Chicago, a exposição parte da suposição de que o Estado é importante para impor limites que os indivíduos voltados para seus próprios interesses não tem. Mas Eric Posner afirma que *esta descrição do mundo é em parte verdade, mas principalmente falsa [porque]... a maioria das pessoas normalmente se abstém de um comportamento anti-social, mesmo que não exista lei ou que ela não tenha força* (2000, p. 4).

Por este raciocínio perceberemos que as pessoas se engajam em condutas regulares, as quais podemos chamar de normas sociais, e que estas condutas não precisam estar relacionadas às leis. Constatado tal fato, a principal indagação a ser respondida pelo *Law and Economics* seria qual a motivação das pessoas para se ajustar a estas normas.

Depois de expor a questão, o autor oferece sua teoria, a partir da teoria dos jogos e de uma simplificação teórica no sentido de que as pessoas são divididas em dois grupos conforme suas reputações: os *tipos bons*, ou cooperativos e os *tipos ruins*, ou oportunistas.

Na solução de um problema cooperativo, as pessoas sabem a qual "tipo" pertencem, mas não sabem a qual tipo os outros pertencem. Por isso, *para distinguir eles mesmos de tipos ruins, os tipos bons tomam parte em ações que são chamadas 'sinais'* (POSNER, 2000, p. 19). Como estes sinais geram custos, apenas os tipos bons, que anseiam por retornos futuros, tendem a emití-los. É por isso que as pessoas se engajam em boas condutas para com seus vizinhos, mesmo que possam ter prejuízos para si mesmos, ou ainda, respeitam atitudes de idosos, mesmo que se sintam incomodados. Em ambos os casos, o respeito a uma situação envia um sinal de que aquela pessoa é de um *tipo bom*, ou seja, cooperativo.

Ressalvando os limites destas proposições, inicialmente simplificadas, Eric Posner afirma que quando um agente envia um sinal de cooperação, ou se mostra um *tipo bom*, ele espera uma resposta do outro agente e se a resposta for também um sinal de cooperação ambos atingem um equilíbrio. Na Teoria da Sinalização este equilíbrio é chamado de *equilíbrio de separação*, pois diferencia, ou separa as categorias de *tipos bons* e de *tipos ruins*.

Firme nestas bases, esta teoria do *Law and Economics* trata as normas sociais como as regularidades comportamentais, ou padrões de comportamento, resultantes do interesse dos indivíduos - do *tipo bom* - emitirem sinais nas situações de equilíbrio (POSNER, 2000, p. 34).

O mais interessante nesta corrente doutrinária é que ela assume que as normas sociais são endógenas e não uma imposição externa. De forma que, nós mesmos encaixamos rótulos a determinados comportamentos por uma série de fatores, os quais não estão ligados a interesses egoístas e imediatos, mas ao interesse na cooperação.

Estes rótulos são relativos e se vinculam, também, a determinados momentos ou a grupos específicos. Para ilustrar, pode-se dizer que o ato de fazer doações para instituições de caridade é uma opção de quem quer ter a reputação de um *tipo bom* nos dias de hoje. Da mesma forma que, num outro extremo, as atitudes preconceituosas contra os negros foram – algumas décadas atrás - uma opção de pessoas que pertenciam ao grupo dos “bons” tipos de brancos. Os rótulos

também podem se perpetuar no tempo e a partir daí serem conhecidos como uma tradição. É assim que, respeitando uma tradição, pessoas podem resolver maltratar animais durante um evento para serem encarados como *tipos bons*. Veja-se aqui, como ilustração de barbaridades tradicionais, as touradas, na Espanha e a farra do boi, no Brasil.

Conforme dito no início desta exposição, a Teoria da Sinalização também demonstra afinidade com as propostas da Nova Escola de Chicago. Ao tratar da atuação do Estado em face das normas sociais, Eric Posner lembra que, ao contrário dos sistemas autoritários, os líderes políticos dos sistemas democráticos também estão presos a estas normas. Na maioria das vezes os políticos nas democracias têm de se mostrar como *tipos bons* e isso gera dificuldades na alteração de equilíbrios indesejáveis. É o caso, por exemplo, da dificuldade de políticos majoritários se mostrarem fortemente a favor de minorias, como os gays. Também é o caso de, num país pobre como o Brasil, se mostrar favorável ao aumento de eficiência empresarial através da flexibilização de normas trabalhistas.

No campo da análise normativa, vale lembrar que as alterações de equilíbrio causadas por leis novas podem ter dois efeitos distintos, um comportamental e outro interpretativo. O efeito comportamental afeta diretamente as condutas das pessoas, impedindo determinadas ações, enquanto o efeito interpretativo enfia um sinal que altera o *equilíbrio de separação*, tornando, por exemplo, as pessoas que tem atitudes racistas ou maltratam animais, *tipos ruins*. Nesse sentido, o efeito interpretativo poderia alterar o próprio significado dos sinais, porém cabe lembrar que muitas leis que não são aceitas pela sociedade esboçam significados que não tem valor em face das normas sociais pertinentes há um tempo ou espaço, como no caso do adultério no Brasil deste início de século. Desta forma os legisladores devem se preocupar intensamente com as interações entre as leis e as normas sociais.

Pensando nisso, Eric Posner busca afastar-se da idéia de que o governo, como uma força exógena, intervém para impedir os comportamentos individualmente benéficos que geram custos para a sociedade. Observada sobre o prisma dos estudos de normas sociais, a lei atua sob um “regulamento de fundo” de caráter não-legal, que ora se sobrepõe e ora fica subjugado pela intervenção legal. É por isso que Eric Posner afirma que:

O desejo de uma regra legal proposta, então, não depende só da existência de um problema de ação coletiva¹² por um lado e da operação por instituições dotadas de competência legal por outro lado. Também depende da maneira como os sistemas não-legais já tratam do problema de ação coletiva e até que ponto intervenção legal interferiria com aqueles sistemas não-legais¹³.

Por outro lado, analisando a aplicação da lei (análise positiva), observamos a dificuldade de o Judiciário decidir a favor do aborto ou da libertação de presos que não tinham direito a progressão de regime. Em ambos os casos o temor de enviar sinais errados dificulta a atuação dos julgadores. E quanto mais alta a hierarquia dos tribunais mais visíveis podem ser os sinais e,

¹² Nos dizeres de Eric Posner, *problemas de ação coletiva* é um termo usado para tratar dos já referidos comportamentos individualmente benéficos que geram custos sociais.

¹³ *The desirability of a proposed legal rule, then, does not depend only on the existence of a collective action problem on the one hand, and competently operated legal institutions on the other hand. It also depends on the way nonlegal systems always already address that collective action problem and the extent to which legal intervention would interfere with those nonlegal systems* (POSNER, 2000, p. 4, tradução livre).

consequentemente, mais perigosas são as decisões que fogem das posturas conservadoras, ou seja, das posturas engajadas à tradição e as normas sociais.

Expostas estas teorias, deste tópico podemos concluir que as normas sociais têm de entrar na agenda dos juristas, talvez numa intensidade maior que as questões relacionadas ao mercado e à arquitetura.

3.2. QUESTÕES METODOLÓGICAS

3.2.1. A COAÇÃO SUBJETIVA E OBJETIVA E AS MODALIDADES DE REGULAÇÃO

As diferentes modalidades de regulação afetam o comportamento das pessoas porque elas se sentem coagidas, objetiva ou subjetivamente. Diz-se objetiva a coação, quando a restrição imposta existe concretamente, como no caso do perigo de se desprezar uma limitação de velocidade imposta em razão da qualidade ou do design da estrada. No segundo caso a coação, existindo objetivamente ou não, é subjetiva quando percebida pelo agente como uma restrição. Bons exemplos de coação puramente subjetiva são as restrições decorrentes de superstições ou da aversão a riscos financeiros.

Os problemas relacionados à eficácia de uma coação surgem quando há uma lacuna entre as coações objetivas e subjetivas. Isto pode ser observado quando um motorista ignora as restrições objetivas de uma pista, ou mesmo quando uma pessoa fuma independentemente dos riscos existentes nesta conduta. No exemplo do motorista há uma lacuna por desrespeito à lei que age em paralelo à coação objetiva, no caso dos cigarros, a falha ocorre, ou se agrava, pela ausência de lei.

Para Lessig (1998, p. 677-8) existem três categorias de lacunas entre a coação subjetiva e a objetiva:

- a. Lacunas geradas por problemas de racionalidade;
- b. Lacunas geradas por internalização incompleta; e
- c. Lacunas intencionalmente construídas e mantidas.

A primeira categoria já foi tratada neste estudo quando mencionamos as heurísticas, no item 3.1.1., mas vale frisar sua importância na análise destas inconsistências entre a coação objetiva e subjetiva. Sucintamente, a racionalidade limitada e a utilização de atalhos decisórios levam as pessoas a uma análise incompleta das situações e restrições naturais que limitam sua conduta e daí surge a lacuna em face dos limites da racionalidade.

A internalização incompleta pode ocorrer quando alguém de fora da comunidade se depara com normas sociais que desconhece ou em qualquer outra situação onde a pessoa careça de aprendizagem sobre as leis, as arquiteturas, os mercados ou as tradições e costumes. Nesses casos não há uma percepção das restrições em função do desconhecimento destas, o que pode ocorrer por falha de comunicação, inclusive.

Finalmente, podem existir lacunas artificiais entre a restrição subjetiva e a objetiva. Ou seja, o legislador pode, intencionalmente, produzir uma informação exagerada ou de qualquer forma distorcida em relação à realidade. O objetivo seria impedir que os cidadãos tivessem condutas potencialmente danosas para eles mesmos ou para a sociedade. Esse seria o caso das leis ambientais, baseadas no princípio da precaução, como a que trata dos alimentos transgênicos. Afinal, essas normas legais não têm uma base sólida em restrições objetivas, até porque existe relevante controvérsia científica sobre o assunto.

Diante destas lacunas torna-se necessário desenvolver uma metodologia, que possa identificar: (1) Em que extensão uma coação objetiva é subjetivamente efetiva; (2) em que extensão uma coação objetiva pode se tornar subjetivamente efetiva; e (3) em que extensão uma coação objetiva não é, nem pode se tornar, subjetivamente efetiva (LESSIG, 1998, p. 679). Identificados estes limites a intervenção da lei para reduzir a lacuna e tornar a coação efetiva poderá ser planejada.

Outros dois elementos ainda são relevantes para utilizar esta metodologia proposta pela Nova Escola de Chicago. Primeiramente a questão da *aplicabilidade direta*, ou imediata, da nova forma de coação, que determinará a força da regulação. É o caso, por exemplo, de se comparar o efeito de uma lei que depende a atuação de várias esferas governamentais e que disponha sobre “educação para o consumo, com uma lei que surte efeito a partir da publicação da lei e proíbe determinado ato contra o consumidor. Mesmo que seja mais elaborada, a primeira lei certamente tende a ser mais “fraca” que a segunda.

Em segundo lugar, deve ser considerado o elemento *plasticidade*, ou seja, da possibilidade de modificação de uma coação ou restrição. A plasticidade poderá ser individual ou coletiva, dependendo de quem ou quantas pessoas são necessárias para mudar uma regulação e esta circunstância poderá ser determinante para a escolha da forma de intervenção. Para ilustrar o tema, vale dizer que as leis têm plasticidade coletiva, enquanto regras de mercado ou normas sociais podem ter plasticidade coletiva ou individual e as arquiteturas costumam ser inflexíveis (LESSIG, 1998, p. 680).

Observando estas bases metodológicas o legislador ou agente regulador poderá escolher qual das modalidades de regulação usará para obter uma coação específica, reduzindo ou aumentando as lacunas que podem levar ao cumprimento ou descumprimento de um comando regulatório.

3.2.2. O SIGNIFICADO DAS RESTRIÇÕES

Na metodologia proposta por Lessig, a segunda ferramenta é a capacidade de diferenciar entre significado e normas. Aqui o conceito de efeito comportamental e interpretativo das leis, mencionado no item 3.1.3. deste artigo, aplica-se a todas as modalidades de regulação.

Diferenciando o efeito comportamental e interpretativo das regulações Lawrence Lessig lembra que os custos de transação são medidos a partir da interpretação do significado da coação, ou seja, o significado identificado pelo indivíduo é o preço que ele se dispõe, ou não, a pagar por suas condutas. Desta maneira, uma pessoa que identifica a “punição divina” como um preço pela conduta do adultério vai usar este significado para medir o custo de seu comportamento, se

estiver disposto a sofrer a “punição divina” praticará o adultério, se não, deixará de fazê-lo. O mesmo raciocínio pode ser usado para alguém que identifique o adultério com a “possibilidade de ser preso”.

Na maioria das situações a mesma conduta pode assumir significados múltiplos, que, entretanto, são sempre relacionados à comunidade onde está inserido o indivíduo. Daí a importância de buscar o *significado social* da coação que se pretende impor ou modificar. O que se propõe neste tópico é a determinação deste *significado social* da regulação, o que, na Teoria do Direito equivaleria à determinação *significado objetivo* em contraposição ao entendimento formado pelo indivíduo, que poderíamos tratar como *significado subjetivo*.

Diante desta dicotomia, a Nova Escola de Chicago propõe a modificação do *significado objetivo* como uma maneira efetiva de alterar a regulação. Para seguir este raciocínio devemos entender, em primeiro lugar, que o *significado subjetivo* é inerente ao indivíduo, pois decorre de suas próprias conclusões sobre o que foi posto pela sociedade. Tratando-se de convicção pessoal, este significado não pode ser mudado de forma direta (a não ser por um processo, indesejável, de lavagem cerebral). Diante disso, o *significado objetivo*, quer seja ontologicamente posto, quer seja construído de forma argumentativa, é o único sujeito a modificação através da lei.

A meta será, então, modificar o *significado objetivo* para oferecer ao indivíduo uma situação ambígua, no lugar da certeza anterior. Desta maneira, uma lei que proibisse o consumo de bebidas alcoólicas geraria uma situação ambígua, onde a certeza anterior de que a bebida era algo bom e socialmente aprovado, torna-se uma dúvida em face da expressa reprovação pela legislação nova.

A complexidade deste método aumenta quando passamos a observar que existem significados sociais “não contestáveis”, ou seja, valores internalizados e acessados de maneira automática por grupos sociais, que resistem a modificações das leis. Para esta segunda questão a Nova Escola de Chicago utiliza outra ferramenta metodológica, cujo objetivo seria determinar qual o tipo de regulação poderia surtir efeito sobre um dado significado social.

Enfim, o significado das normas terá de ser objeto de análise das abordagens baseadas na Nova Escola de Chicago, tanto no que diz respeito a sua natureza, quanto na sua relação às modalidades de regulação.

3.2.3. A NATUREZA DAS SUBSTITUIÇÕES

A terceira ferramenta metodológica é destinada a avaliar as conseqüências da regulação indireta, ou seja, da substituição de um conjunto de normas sociais, de regras de mercado ou mesmo de arquiteturas, através de uma lei nova.

Para medir tais conseqüências é necessária a análise dos valores envolvidos. Estes valores – que na Velha Escola de Chicago se reduziam ao valor “eficiência” – funcionarão como limites às intervenções legais.

Valores intrínsecos à lei ou a uma regra de mercado têm de ser considerados em cada situação concreta. De forma que, por exemplo, não será desejável que as normas sociais sejam substituídas por uma regulação baseada em normas de mercado, quando se tratar de assuntos relacionados à afetividade e opção sexual. Ou ainda, não será eficiente uma regulação da segurança nacional baseada apenas em normas sociais.

Ao considerar estes valores, os legisladores, os juízes ou os reguladores avaliarão qual a modalidade de intervenção se mostra mais adequada. O critério de medida desta adequação tanto poderá ser a eficiência, quanto outros valores sociais.

Por conta deste enfoque, a propositura e aplicação de uma legislação que atue indiretamente sobre as demais modalidades de regulação devem considerar todos os valores envolvidos, inclusive os valores implícitos das próprias modalidades de regulação, para deixar explícitos os objetivos da substituição.

3.2.4. *OUTRAS FERRAMENTAS METODOLÓGICAS*

Além das ferramentas já mencionadas, Lessig (1998, p. 687-691) apresenta outras três, que estão mais relacionadas com a realidade estadunidense.

Trata-se da questão constitucional, do ativismo e da distinção entre atuação indireta e “indireção”. No âmbito constitucional o autor afirma que deve ser respeitada a interação entre a Constituição e a cultura legal ou normativa do país, com relação à intervenção ou não intervenção na economia. De outro rumo, o tema do ativismo surge em oposição ao evolucionismo posto pela primeira geração do *Law and Economics*, aqui a Nova Escola defende a intervenção dos Governos em oposição à postura de uma evolução natural do ordenamento jurídico no *common law* e é acusada, pelos mais conservadores, de recriar a figura do Leviatã. Por fim, com relação ao limite entre regulação indireta e ausência de regulação lembra que através da concepção de regulações múltiplas, torna-se mais nítida a existência e efetividade da regulação indireta.

No Brasil, a questão constitucional também ganha relevância, mas a abordagem deve ser outra. Em decorrência de uma consolidada cultura intervencionista, o assunto deixa de ser uma questão central, mas a atribuição de competência ao município para questões locais - mencionada no trabalho de Gerald Frug (1999), foi consagrada no Brasil, no art. 30, da Constituição da República. E esta situação gera a necessidade de uma ferramenta metodológica, que além de distinguir as questões de fundo já apresentadas, procure estabelecer qual o ente federativo deve criar a lei. Manipulando o âmbito de aplicação, no caso das competências partilhadas pelos estados, municípios e União, o legislador poderá alterar a plasticidade e a eficiência da lei.

Esta situação peculiar do Brasil deixa claro que, apesar de bem delineadas as bases metodológicas da Nova Escola de Chicago podem e devem estar abertas.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL À LUZ DA NOVA ESCOLA DE CHICAGO

Nesta quarta parte do estudo, nossa proposta é aproximar a teoria e a metodologia expostas nos itens anteriores da realidade brasileira, especialmente da jurisprudência das Cortes Superiores. Trata-se de uma análise positiva, ou descritiva, que parte da lei como algo posto para buscar uma interpretação adequada aos princípios fundamentais contidos em nossa Constituição da República e aos princípios gerais de direito adotados em nossa cultura legal.

Serão dois os casos analisados. No primeiro, a decisão, hoje majoritária no Superior Tribunal de Justiça, que rejeita a alteração de arquitetura e deixa de aceitar os erros de divulgação pela internet como motivo para alteração de prazo. No segundo julgado, uma decisão mais complexa expõe a possibilidade de atuação indireta da lei no Brasil, através da chamada “regulação por indução”.

4.1. O JUDICIÁRIO E A NOVA ARQUITETURA VIRTUAL: VALIDADE DAS INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS NA INTERNET

A principal mudança na arquitetura dos espaços ocupados pelo homem é a desmaterialização decorrente do fenômeno da internet. Desta modificação advêm importantes conseqüências para a sociedade, novas tecnologias criam um novo ambiente, um espaço virtual para o qual converge a atenção de diversas pessoas e entidades. Nessa nova arquitetura do mundo virtual são forjados os paradigmas da chamada era da informação.

Diante disso, é válido trazer para o presente estudo uma decisão judicial que trate do tema. Para tanto, escolhemos um posicionamento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil, que pode ser resumido na seguinte assertiva: *...as informações processuais prestadas via internet têm natureza meramente informativa, não servindo como meio oficial de intimação, nos termos da lei processual brasileira...* (BRASIL, STJ, 2006).

De nossa parte entendemos que uma análise positiva deste julgado revela que o mesmo, além de ser impreciso ao afirmar que: *as informações têm natureza meramente informativa*, não respeita as mudanças nas modalidades de regulação impostas pelo advento da internet. Nessa trajetória, para proceder tal análise buscaremos provar a ineficiência da decisão em virtude de quatro questões:

... o gasto de dinheiro público para divulgar as informações dos tribunais através da internet, que não se justificaria se não gerasse e vantagem efetiva para a sociedade;

... o fato de que a informação, como um produto da economia contemporânea, não pode ser defeituosa ou sem valor intrínseco;

... a credibilidade institucional do Poder Público, que induz na sociedade o sentimento de “oficialidade”, ou seja, cria uma norma social que deve ser respeitada;

... a forma prevista em lei, que não trata especificamente do meio sob o qual se transmite a informação, mas simplesmente de seu caráter oficial.

Pelo que consta da decisão exposta, o STJ não considera a informação que hoje se divulga na internet como oficial, deixando transparecer que “oficial” é apenas aquilo que a lei qualifica como tal. Entretanto, o art. 236, diz apenas que: *No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial*. Nessa situação, a controvérsia, em resumo, seria se, para fins processuais, a publicação de informações nos sites dos tribunais é considerada publicação oficial e em decorrência disso, sua divulgação errônea configuraria justa causa (art. 183, do CPC) para dilatação do prazo em favor das partes prejudicadas.

Pois bem, analisando sob o aspecto da interferência da mudança da arquitetura (surgimento da internet) no mercado, um primeiro argumento em favor de se considerar a informação processual na internet como “oficial” é o fato de se tratar de um investimento feito com recursos do contribuinte. Ou seja, de se tratar de uma ferramenta posta pelos tribunais à custa da alocação de recursos públicos. Certamente, informações meramente “decorativas” ou sujeitas a erro não respeitam o princípio da eficiência (art. 37, da Constituição da República), nem coadunam com o princípio da economicidade na aplicação dos recursos públicos (art. 70, da Constituição da República).

Além disso, há uma questão mais complexa. É que, a informação se transformou num produto, um verdadeiro bem econômico, de grande importância para a vida moderna. Nesse quadro, os *dados e informação recolhidos ou tratados pelo Governo e Administração Pública*, nomeadamente a *informação administrativa* (SANTOS, GONÇALVES e LEITÃO MARQUES, 2001), tem destacada relevância e se sujeitam ao direito de acesso e a imposição de confiabilidade¹⁴. No âmbito do direito brasileiro, o “produto”: *informação administrativa*, cedido gratuitamente, mas vinculado à publicidade e interesses institucionais dos tribunais, poderia até mesmo ser tratado no âmbito das relações de consumo, ficando o Judiciário, como fornecedor, responsável pelo só fato de produzi-la e distribuí-la, nos termos dos art. 3º e 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, seja por expressar alocação ineficiente de recursos públicos ou por disponibilizar um produto defeituoso, a decisão que rejeita o erro na informação processual na internet como hipótese de justa causa em favor do administrado é contrária ao ordenamento jurídico-econômico brasileiro. Em outras palavras, a regulação do mercado não dá espaço a um “direito de informar erroneamente”, que exclua a responsabilidade do Poder Público por este fato.

Uma segunda abordagem diz respeito às normas sociais que vinculam Administração Pública e administrados. É comum - e aceitável - que as informações administrativas contenham erros, o

¹⁴ Sobre o tema ver as propostas da União Européia sobre eGoverno, especialmente a *Comunicação da Comissão ao Conselho, Parlamento europeu, Comitê Econômico e social Europeu e Comitê das Regiões - Papel da administração em linha (eGoverno) no futuro da Europa*, de 2003 e *Plano de ação "Administração em linha i2010" - Acelerar a administração em linha na Europa para benefício de todos*, Abril de 2006.

problema é que, por este motivo, sejam tratadas como “extra-oficiais”. Esta extra-oficialidade cria um *signal* ambíguo para a sociedade, que deixa de valorizar – conferir *estima*, nas palavras de McAdams – as informações administrativas como um todo. Numa situação dessas, as pessoas perdem o estímulo para se engajar na conduta posta (verificar informações pela internet) e o projeto de virtualização dos atos do Poder Judiciário fica prejudicado.

Por outro lado, a informação administrativa disponível na internet, como qualquer outro ato administrativo tem presunção de certeza em relação ao conteúdo. Disso depende a auto-executoriedade destes atos, ou seja, sem a confiança da sociedade nenhum ato administrativo poderia ser aplicado diretamente. Portanto há uma evidente relação de sustentação entre a norma social e o direito, que não pode ser negligenciada.

Criar um conjunto de dados informal (extra-oficial) não é bom para a reputação dos tribunais e, talvez por isso, outros tribunais brasileiros¹⁵ já tenham alguns entendimentos divergentes em relação à decisão ora analisada. Enfim, da perspectiva das normas sociais é muito ruim para o Judiciário discutir o caráter “oficial” de suas próprias informações.

Os primeiros argumentos poderiam ser aceitos pelos Ministros do STJ, como argumentos indiretos, fragmentos de outros sistemas regulatórios que indicam a melhor interpretação do caso concreto. Porém, o terceiro argumento trata diretamente da interferência do fenômeno da internet na interpretação da lei. Este último raciocínio dispensaria, inclusive, a necessidade de nova legislação.

Sabemos que em muitos casos o legislador, voluntária ou involuntariamente, deixa espaço para o interprete da lei adapta-la ao contexto histórico-material. Na presente situação o termo a ser interpretado é a expressão *publicação dos atos no órgão oficial*, contida no art. 236, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, esta expressão deve ser interpretada levando-se em consideração que a tendência de utilização da internet é um paradigma da sociedade contemporânea e, conseqüentemente, deve também ser incluído na agenda das principais instituições do Estado, dentre as quais o Poder Judiciário.

¹⁵ Ver a recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na qual o relator, Des. Elias Camilo enfatizou que as informações processuais prestadas pela internet *devem ser consideradas oficiais*, e que: “... a partir do momento em que o Poder Judiciário se prontifica a prestar informações processuais através do serviço eletrônico, não se pode admitir que a parte seja prejudicada e apenada por erro decorrente de informações equivocadas prestadas pela serventia do juízo.” (MINAS GERAIS, 2006). Por um caminho diverso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro revelou que a responsabilidade do Judiciário decorreria do interesse do próprio órgão, pois: “O Poder Judiciário investiu no sentido de melhorar o sistema de informática com o escopo de agilizar o Judiciário e diminuir a frequência de pessoas nos cartórios, no que não se pode imputar às partes culpa na omissão ou erro de lançamento na internet das informações.” (RIO DE JANEIRO, 2006). Por derradeiro, destacando o argumento da credibilidade, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, expôs que: “Os sistemas informatizados desafogam o movimento de pessoas nos cartórios e facilitam o acompanhamento dos processos. (...) para que o seu desempenho seja efetivo e seja mantida a sua necessária credibilidade, a presença de equívocos decorrentes de erros de lançamentos deve ser admitida e aceita a sua reparação, sob pena de se transformar o processo num repositório de injustiças decorrentes do engano de informações.” (DISTRITO FEDERAL, 2004).

No caso concreto, o aspecto funcional da publicação está presente, pois a internet é um meio material – uma nova arquitetura – que serve ao objetivo de dar publicidade e o caráter oficial parece óbvio por se tratar de um sistema gerenciado pelo Poder.

O problema seria, então, a questão da forma. E este critério, a nosso ver, restaria satisfeito pelo cumprimento do art. 154, do código processual em questão, que expõe:

Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

A regra é que: *se não houver lei proibindo o ato é válido*. Assim, a divulgação de informações processuais pela internet, ainda que não padronizadas ou sujeitas a um regulamento geral¹⁶, é ato válido. Até porque, há uma flexibilização legal das exigências relativas à forma da publicação e, como exposto supra, esta divulgação na grande rede atinge a finalidade essencial do ato processual.

Mais a mais, o art. 183, § 1º, do CPC, define justa causa como: *o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário*. Desta maneira, como ato alheio à vontade da parte e imprevisto em face do grau de exatidão das informações normalmente prestadas nos sites dos tribunais¹⁷, o erro na manipulação das informações por parte do Poder Judiciário é justa causa para dilação do prazo.

Em resumo, o mercado, as normas sociais e as leis já estavam adaptados ao novo ambiente criado pela internet, mas, a decisão supra, pode refletir a cegueira de parte do Judiciário para este fato.

4.1.1. NOVO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O TEMA

Num sentido contrário à nossa argumentação, os legisladores brasileiros, para satisfazer a segurança jurídica que demandavam os membros do Superior Tribunal de Justiça, modificaram em 2006, através da Lei nº. 11.280, o art. 154, do CPC para introduzir um dispositivo que enuncia:

Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

¹⁶ A este respeito o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, em seu voto no Resp nº. 514.412-DF, argumentou que: “... os sistemas de andamentos processuais via internet no País não são padronizados. Cada tribunal tem uma forma diferente de veicular as informações dos feitos. De igual modo, nem todas as fases processuais são disponibilizadas nas páginas dos endereços eletrônicos. E até o momento não se estabeleceu um regramento específico próprio que vincule a forma de disponibilização de tais serviços.”. Entendemos que o argumento é relevante, mas certamente não afasta a responsabilidade do Judiciário por disponibilizar este instrumento inacabado e fora de padrão.

¹⁷ A este respeito decisões do próprio STJ destacam que as informações são confiáveis, apesar de não serem consideradas oficiais, ver REsp 572.154PR, Rel. Min. José Delgado, DJU de 14.06.2004.

O dispositivo, aparentemente progressista, é um passo para trás, na medida em que cria uma *exigência expressa da lei*, com relação à *possibilidade de disciplinar* e aos *requisitos a serem atendidos*, afastando a aplicação do *caput* do art. 154, já mencionado. Como consequência disso, a lei justifica a posição do STJ, sem se preocupar com uma possível lacuna entre a coação objetiva (lei) e a apreciação subjetiva desta nova regra.

Crise de credibilidade, lei que não “cola”, instituições públicas desgastadas... Resta saber quais serão as consequências desta mudança legal, no mercado e nas normas sociais, que, independentemente de novas regras e requisitos burocratizantes, já impõe ao Judiciário a responsabilidade pelas informações administrativas que divulga.

4.2. INTERVENÇÃO INDIRETA DO ESTADO: A CRIAÇÃO DE NORMAS SOCIAIS E DE MERCADO PARA A DOAÇÃO DE SANGUE

Dentre tantos assuntos polêmicos relacionados aos ditos *direitos da personalidade*, a possibilidade de venda de sangue, ou seja, da criação de um mercado de sangue é um dos temas que recebeu atenção do legislador constitucional.

O art. 199, § 4º, da Constituição da República, dispõe que:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

O desafio do legislador infraconstitucional seria, portanto, conciliar a *criação de condições e os requisitos que facilitem a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados* com a vedação a qualquer tipo de comércio destas substâncias. Tratando do assunto, no âmbito do Estado do Espírito Santo, a Lei Estadual n. 7.737/04, em seu art. 1º estipulou que:

Fica instituída a ½ (meia) entrada para doadores regulares de sangue, em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos das administrações direta e indireta do Estado do Espírito Santo.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a apreciar esta regra, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.512-6, que argumentava, além de questões relacionadas ao processo legislativo, uma afronta ao art. 199, § 4º, da Constituição da República, por se tratar de uma espécie *indireta* de comércio de sangue e derivados. Ou seja, foi contestado o fato de se dar um incentivo de mercado em troca da doação de sangue.

Bem, já de início deve-se destacar que os próprios economistas manifestam dúvidas a respeito da possibilidade de substituir atos de doações voluntárias por atos de troca de mercado. Sobre isto Dubner e Levitt (2005, p. 25-6) relatam que, numa experiência prática na qual as pessoas recebiam uma pequena remuneração pelo sangue, em substituição aos elogios por seu altruísmo, houve redução das doações. Estes autores trataram, ainda, da possibilidade do surgimento de um “lado negativo” se a remuneração fosse mais elevada. Isto porque, poderiam ocorrer tentativas de vender sangue de animais em lugar do sangue humano ou mesmo de falsificação de identidades para vender sangue além dos limites permitidos. Nesse caso, bem relatado no livro

Freakonomics, o que se observou foi a dificuldade de se substituir um incentivo moral por um incentivo econômico. Mas entendemos que não é esta a questão central na análise da lei capixaba.

Como bem relatou o Ministro Eros Grau, a questão central da ADIN nº. 3.512-6 é a possibilidade de regulação por indução, ou seja, a possibilidade do Estado intervir indiretamente na economia. Nas palavras do julgador:

... Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou por indução. Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa (*Considerações sobre Direito Econômico*, tese, São Paulo, 1.971, pág. 304) no de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual”. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite — ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza (*Direito Econômico*, Saraiva, São Paulo, 1.980, pág. 122) — de “incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado”. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial (BRASIL, STF, 2006).

No campo do direito premial, então, o incentivo vem de uma lei que atua indiretamente, sem a *mesma carga de cogência* das leis comuns. A repreensão da conduta indesejada é substituída por um prêmio, uma vantagem para quem pratica a conduta desejada.

Mas não seria este prêmio um pagamento pelo sangue do doador?

Entendemos que não, porque o incentivo em voga – ½ entrada nos eventos culturais e de lazer realizados em locais públicos estaduais - promove reconhecimento social em relação a terceiros, sem criar uma remuneração de fato, para o doador. O incentivo funciona para ampliar o reconhecimento social do doador, reforçando a norma social que lhe atribui estima e sinaliza sua condição de “bom cidadão”. Quando for reconhecido por sua atitude altruísta, nos teatros, cinemas ou estádios, o doador está recebendo um reconhecimento que não poderá ser comercializado e, desta forma, só terá valor para o próprio dignatário.

Vender ou comerciar sangue, seria um ato de troca, deste por dinheiro, ou qualquer outro bem que se pudesse usar como moeda. Desta maneira, as regras que vedam o mercado de sangue continuam intactas. Ademais, não se pode imaginar uma pessoa fraudando ou vendendo mais sangue do que poderia, para obter uma quantidade maior de “direito de meia-entrada”. Além disso, mesmo hoje, as pessoas tentam burlar regras para doar sangue em troca de lanches, o que demonstra um problema a ser resolvido e não uma falha que inviabiliza o sistema.

Para concluir, cabe abordar outro tema que também foi mencionado da ADIN nº. 3.512-6. Trata-se da abrangência da expressão “locais públicos”, nos termos do art. 5º, da lei em análise:

São considerados locais públicos estaduais para efeitos desta Lei, os teatros, os museus, os cinemas, os circos, as feiras, as exposições zoológicas, os parques, os pontos turísticos, os estádios e congêneres.

Ora, em se tratando de uma imposição de redução de preços o Estado deveria respeitar a divisão entre iniciativa pública e privada, ressaltando que apenas os empreendimentos feitos com recurso do Estado do Espírito Santo estariam sujeitos a gratuidade. Aqui, a manipulação do ambiente onde será aplicada a lei cria um ônus para o setor privado. Nesse ponto entendemos que a norma pode ser inconstitucional se não indicar a fonte de recursos para repor as perdas deste setor. Na decisão do STF este tema foi abordado lei Ministro Marco Aurélio Melo, que foi voto vencido.

Bom dizer que a entrada é cobrada pelo empreendimento e não pelo local. Por tal circunstância, a lei em voga, voltada apenas para locais mantidos pelas entidades e órgãos das administrações direta e indireta do Estado do Espírito Santo poderia, em tese, afastar os melhores empreendimentos desses locais . E isto geraria um duplo prejuízo para os doadores de sangue, que, além de serem responsabilizados por esta debandada, poderiam ter suas opções culturais com meia entrada, reduzidas a eventos desinteressantes. Mas tudo isto é uma mera conjectura que depende da quantidade de doadores e do interesse da indústria cultural em boicotá-los. Outra possibilidade, bem mais plausível, é que os eventos poderiam ter um preço mais alto, que internalizasse os descontos dados aos doadores.

Como se observa uma análise normativa da questão dos incentivos para a doação de sangue pode esclarecer a questão da constitucionalidade e até mesmo dos efeitos das legislações aplicáveis. No presente caso, em que a atuação por indução do Estado se assemelha a proposta da Nova Escola de Chicago, a possibilidade teórica de eficiência da lei capixaba é grande, mas o resultado prático, dois anos depois da lei, pode ser questionável. Afinal, numa reportagem do jornal *Gazeta On Line*, de 28/11/2006 foi estampada uma alarmante manchete: *Situação crítica: faltam doadores de sangue no país; no ES, estoques terminam em 24h* (Internet, 2006).

5. CONCLUSÃO

Vista como uma linha de pesquisa, a Nova Escola de Chicago tem muito a contribuir com o estudo do direito na atualidade.

Numa visão mais ampla, na qual as múltiplas regulações tomam o espaço das leis, o estudo de direito se enriquece com a contribuição de ferramentas e teorias das ciências políticas, da sociologia, da economia, da arquitetura e da informática.

A norma legal, nessas circunstâncias, assume papel diferenciado. Todo direito produzido pelo Estado, pode e deve ter, também, o intuito de intervir indiretamente e de interagir com as normas sociais, o mercado e a arquitetura. A partir daí a importância da lei é resgatada, não na posição central de outrora, mas numa função mais adequada à multiplicidade de regulações existentes na sociedade contemporânea.

A substituição da centralidade no estudo da lei, por uma abordagem voltada para as normas sociais também é uma proposta bastante interessante e útil numa sociedade plural e desigual

como a brasileira. A norma legal passa a ser instrumento e não mais um tema que guarda relação com o direito puro. De fato, a pureza deixa de ser almejada sob esta nova perspectiva. Noutra direção, o ataque às teorias racionais, possibilita uma análise mais detalhada do ser humano como singularidade no contexto social.

Críticas também podem e devem ser feitas. Seja ao estilo da Velha Escola de Chicago, contra o intervencionismo proposto nessa nova escola; Seja por caminhos mais distantes relacionados à possibilidade de direcionamento da cultura.

No primeiro caso, Robert Ellickson classifica a atuação proposta pela Nova Escola de Chicago de Hobbessianismo, uma proposta de retorno do Estado controlador nos moldes do Leviatã. O autor defende, na verdade, a linha clássica do *Law and Economics* produzida em Chicago, na qual a não intervenção tornou-se um mantra e as normas sociais seriam apenas mais uma forma de regulação extralegal que denotaria vantagens em relação à lei posta pelo Governo.

Com relação ao direcionamento da cultura nós mesmos nos colocamos como críticos. Controle dos costumes, da arquitetura e do mercado pelas leis é algo muito complexo. Intervenções exageradas ou não discutidas democraticamente podem destruir identidades de grupos sociais. E mesmo as democráticas, se não forem inclusivas e deixarem de respeitar as minorias, podem gerar os mesmos efeitos.

Mas dentre tantas propostas para o direito contemporâneo, e até mesmo conjugada a elas, a proposta das múltiplas regulações ainda sim parece adequada. Esta forma de pensar humaniza e sociabiliza o *Law and Economics*, possibilitando sua aplicação no Brasil, em prol de uma sociedade melhor.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Processo: EREsp 756581 / BA. EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2005/0201835-6. Primeira Seção. Rel. Ministra ELIANA CALMON. **Diário de Justiça de 01 ago 2006**, p. 363.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 3512 / ES - ESPÍRITO SANTO. Relator Min. EROS GRAU. Julgamento: 15/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. **Diário da Justiça de 23 jun 2006**, p.3.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**. V. 4. London: London School of Economics and Political Science, p. 386-405, 1937.

_____. The Problem of Social Cost (1960). In: Katz, A. W. **Foundations of Economic Approach to Law**. New York: Oxford University Press. P. 63-72. 1998.

COOTER, Robert. Bargaining in the Shadow of the Law (1982). In: Katz, A. W. **Foundations of Economic Approach to Law**. New York: Oxford University Press. P. 154-159. 1998.

_____. The Cost of Coase (1982). In: Katz, A. W. **Foundations of Economic Approach to Law**. New York: Oxford University Press. P. 150-154. 1998.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Processo 20040020044199AGI, Relator Antoninho Lopes, julgado em 08/11/2004. **Disponível em: www.tjdf.gov.br**. Acesso em nov. 2006.

DUBNER, S. E. e LEVITT, S. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 7a. reimpressão.

ELLICKSON, R. **Order Without Law**. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1991.

FORD, R. T. City Making: Building Communities Without Building Walls (Book Review). **Stanford Law Review**. Stanford, V. 56, n. 1, pp. 231-322. Out. 2003.

FRUG, G. E. Citizens and Property Rights. **ReVista: Harvard Review of Latin America**. Edição especial “Cityscapes”. Cambridge, inverno de 2003. Disponível em: <<http://drclas.fas.harvard.edu/revista/articles/view/204>> Acesso em 09 dez. 2006.

GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. Trad. Dante M. Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LESSIG, L. The New Chicago School. **Journal of Legal Studies**. Chicago, V. 27, n. 2, p. 661–91. Jun. 1998.

MCADAMS, R. H. The origin, development and regulation of norms. **Michigan Law Review**. Michigan, V. 96, n. 2, pp. 338-433. Nov. 1997.

MEDEMA, S. G. Chicago Law and Economics. **Social Science Research Network (SSRN)**. Denver, jun. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=560941>> Acesso em 12 Ago. 2006

MERCURO, M., e MEDEMA, S. G. **Economics and the Law, Second Edition: From Posner to Postmodernism and Beyond**. Princeton: Princeton University Press. 2006.

_____. **Economics and the Law**. Princeton: Princeton University Press. 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG. Processo 2.0000.00.497921-7/000(1), julgado em 25/05/2006. Disponível em: www.tjmg.gov.br. Acesso em nov. 2006. PINHEIRO, A. C. e SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005

POSNER, E. A. **Law and Social Norms**. Cambridge, MA: Harvard University Press. 2000.

POSNER, R. A. **Natural Monopoly and its Regulation. 30th Anniversary Edition with a new preface by the author**. Washington, D.C.: Cato Institute, 1999;

POSNER, R. A. e RASMUSEN, E. B. Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions. **International Review of Law and Economics**... V. 19, p. 369–82. 1999.

REDAÇÃO GAZETA RÁDIOS E INTERNET. (2006, 11 28). *Situação crítica: faltam doadores de sangue no país; no ES, estoques terminam em 24h*. **Gazeta On Line**. 26 nov. 2006. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/noticias/minutoaminuto/local/local_materia.php?cd_matia=241337ecd_site=843>. Acesso em 01 dez. 2006.

REIDENBERG, J. States and Internet Enforcement. **University of Ottawa Law e Technology Journal**. V. 1, p. 213-230. 2004.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. Processo 2006.002.11083. Rel. Des. Caetano Fonseca Costa, julgado em: 17/10/2006. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em nov. 2006.

ROEMER, A. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: ITAM; Sociedade Mexicana de Geografia y Estadística; Fondo de Cultura Económica. 1994.

SANTOS, A. C., GONÇALVES, M. E., e LEITÃO MARQUES, M. M. **Direito Econômico**. 4a ed. Coimbra: Almedina. 2001. TONETTO, L. M., KALIL, L. L., MELO, W. V., et al. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos Psicológicos**, V. 23, p. 181-189. Jun. 2006.

TVERSKY, A. e KAHNEMAN, D. The Framing of Decisions and the Psychology of Choice (1981). In: Katz, A. W. **Foudations of Economic Approach to Law**. New York: Oxford University Press. P. 274-284. 1998.

ZYLBERSZTAJN, D. e SZTAJN, R. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Ed. Campus. 2005.