

LEGISLADORES ECONOMISTAS: O EMPREGO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA ELABORAÇÃO DAS LEIS

ECONOMIST LEGISLATORS: THE USE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN LAWMAKING

LEGISLADORES ECONOMISTAS: EL EMPLEO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LA ELABORACIÓN DE LAS LEYES

ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO*

RESUMO

O artigo investiga como a análise econômica do direito (AED) pode ser útil aos legisladores. Parte-se da premissa de que os legisladores que escolhem legislar realizam uma escolha racional. Após uma breve explicação sobre a AED, passa-se ao seu emprego para entender o processo de elaboração da legislação. Na sequência, aplica-se a AED para explicar as escolhas legislativas quanto às formulações textuais das normas. Na técnica legislativa, lê-se que as leis devem ser claras, simples e de fácil cumprimento pelos cidadãos. Porém, o emprego da AED sugere outras leituras, evidenciando que as escolhas legislativas dependem de vários parâmetros. A metodologia empregada é a uma revisão de literatura, em pesquisa de natureza descritiva e exploratória, a partir do método hipotético-dedutivo. O resultado vai no sentido de que o aperfeiçoamento do processo de elaboração das leis gera um maior custo *ex ante* para os legisladores, mas gera uma redução dos custos *ex post* que mais do que compensa o custo inicial, pelas razões explicadas.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito (AED). Processo Legislativo. Análise de Impacto Regulatório (AIR). Técnica Legislativa. Regras e *Standards*.

ABSTRACT

The article investigates how the economic analysis of law (EAL) can be useful to legislators. It starts from the premise that legislators who choose to legislate make a rational choice. After a brief explanation of the EAL, we move on to its use in understanding the lawmaking process. Next, the EAL is applied to explain legislative choices regarding textual formulations of rules. In the legislative drafting, we read that laws should be clear, simple, and easy for citizens to comply with. However, the use of the EAL suggests other readings, showing that legislative choices depend on several parameters. The methodology employed is a literature review, in a descriptive and exploratory study, using the hypothetical-deductive method. The result is that improving the lawmaking process generates a higher ex-ante cost for legislators, but generates a reduction in ex-post costs that more than offset the initial cost, for the reasons explained.

KEYWORDS: *Economic Analysis of Law (EAL). Legislative Process. Regulatory Impact Assessment (RIA). Legislative Drafting. Rules and Standards.*

* Doutora cum laude em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutora e mestre em Direito pela UnB. Professora adjunta na Universidade de Brasília (UnB).
E-mail: bertasimoes@hotmail.com . ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8461-2562>

RESUMEN

El artículo investiga cómo el análisis económico del derecho (AED) puede ser útil a los legisladores. Se parte de la premisa de que los legisladores que deciden legislar toman una decisión racional. Tras una breve explicación del AED, se pasa a su uso para comprender el proceso de elaboración de las leyes. A continuación, se aplica el AED para explicar las elecciones legislativas relativas a la formulación textual de las normas. En la técnica legislativa leemos que las leyes deben ser claras, sencillas y fáciles de cumplir para los ciudadanos. Sin embargo, el uso del AED sugiere otras lecturas, mostrando que las elecciones legislativas dependen de varios parámetros. La metodología empleada es una revisión bibliográfica, la investigación fue descriptiva y exploratoria, utilizando el método hipotético-deductivo. El resultado es que la mejora del proceso legislativo genera un mayor coste ex ante para los legisladores, pero genera una reducción de los costes ex post que compensa con creces el coste inicial, por las razones expuestas.

PALABRAS-CLAVE: *Análisis Económico del Derecho (AED). Proceso Legislativo. Análisis del Impacto Normativo (AIN). Técnica Legislativa. Reglas y Estándares.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED). 3. A ELABORAÇÃO DA LEGISLAÇÃO (COMO ATIVIDADE) VISTA PELA AED. 4. CONCLUSÕES. 5. REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (EAL). 3. LAWMAKING (AS AN ACTIVITY) AS SEEN THROUGH THE EAL. 4. CONCLUSIONS. 5. REFERENCES.

ÍNDICE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED). 3. LA REDACCIÓN LEGISLATIVA (COMO ACTIVIDAD) VISTA A TRAVÉS DEL AED. LA REDACCIÓN LEGISLATIVA (COMO ACTIVIDAD) VISTA A TRAVÉS DEL AED. 4. CONCLUSIONES. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Em *O que se vê e o que não se vê*, Frédéric Bastiat (1801-1850) afirma que, na esfera econômica, um ato, um hábito, uma instituição, uma lei geram, não somente um efeito, mas uma série de efeitos, dos quais apenas o primeiro é imediato, pois os outros só aparecem depois. Isso permitiria diferenciar entre o efeito visível e os efeitos que não são visíveis. Ainda segundo Bastiat, o mau economista se detém apenas no efeito *que se vê*, ao passo que o bom economista leva em conta tanto o efeito que se vê, quanto aqueles *que se devem prever*.

A atualidade dessa ideia de Bastiat persiste e a mesma lógica poderia servir para guiar o raciocínio dos legisladores na função legislativa. Por legislar, entende-se a atividade de elaborar normas (sejam do tipo regras, sejam normas

vagas), por intermédio da qual criam-se novos comandos jurídicos. Legislar implica escolher, entre as várias opções possíveis, a alternativa que mais interessa em cada caso. Como consequência da atividade de legislar, haverá a criação, modificação ou extinção de normas jurídicas, e, por vezes, o principal: a definição de um aparato para a sua implementação ou imposição em caso de descumprimento.

Pois bem. Parafraseando Bastiat, o mau legislador seria o que não aprendeu a discernir entre o efeito *que se vê* e os efeitos *que não se veem* das normas que pretende ver aprovadas. Por seu turno, o bom legislador consegue enxergar além da consequência imediata favorável (ou desfavorável no curto prazo), discernindo também as consequências posteriores funestas (ou benéficas no longo prazo) das leis aprovadas pelo parlamento.

De modo bastante simplificado, a análise econômica do direito (AED) se propõe precisamente a responder quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes – especialmente os destinatários das leis, considerando-os em sentido amplo para incluir os funcionários públicos e juízes responsáveis por sua aplicação e interpretação – como etapa analítica prévia à decisão sobre se esses efeitos são desejáveis ou não desde uma ótica social, econômica, etc.

A AED ainda procura reunir instruções sobre como desenhar a legislação, as políticas públicas e as instituições que serão o produto das leis de modo a que gerem os incentivos corretos, no sentido dos objetivos aspirados. A abordagem serve para prevenir os problemas relacionados aos fracassos legislativos, assim entendidos como as leis que não se prestam a resolver (ou até pioram) os problemas que ensejaram a intervenção legislativa.

Essa explicação sobre a AED, mesmo breve, já denota o potencial dessa ferramenta se devidamente empregada pelos legisladores. Ao mesmo tempo, a própria atividade de elaboração das leis em si mesma pode ser explicada sob as lentes da AED. É que a legislação (como atividade) também pode ser vista como um *serviço* regido pelas leis da oferta e da procura. Da mesma forma, a legislação (como resultado) é assimilável a um *produto*, o qual está à disposição do *mercado*.

Por essa lógica, seria possível afirmar que ao Poder Legislativo – e em alguma medida ao Poder Executivo – cumpre a tarefa de produzir bens que caracterizam a oferta, de modo que, dentro do conceito de mercado, tais instituições corresponderiam aos vendedores. Do outro lado, estão os grupos de interesse – denominação sob a qual podem ser reunidos toda a gama de destinatários das leis – que corresponderiam aos compradores.

Das considerações sobre esse mercado das leis e políticas públicas – que idealmente funcionaria sob um modelo de monopólio, mas, na prática, isso não se confirma, pois tem sido cada vez mais frequente que grupos de interesse busquem seus objetivos recorrendo ao sistema judicial, em lugar de procurar os

órgãos representativos –, decorrem outras reflexões sobre quais são os incentivos que os legisladores podem ter para se dedicarem à tarefa de produzir esses *bens*.

Nesse contexto, parte-se da premissa de que os legisladores que escolhem legislar realizam uma escolha racional. Pressupõe-se que existe uma decisão racional na qual são ponderados os custos e benefícios esperados de se usar a legislação como mecanismo social de resolução de conflitos.

A abordagem da AED também pode render ideias em direção a um desenho institucional ideal do processo legislativo, jogando novas luzes sobre como as regras procedimentais que disciplinam o *iter* de formação das leis podem minimizar os problemas e custos relacionados a essa atividade.

Tradicionalmente, lê-se que as leis devem ser claras, simples e de fácil cumprimento pelos cidadãos. No entanto, o emprego da AED sugere outras leituras, evidenciando de modo especial que as escolhas legislativas dependem de vários parâmetros. A literatura produzida debatendo o grau de precisão ou especificidade da legislação é útil para a compreensão da atividade de legislar com normas vagas (*standards*). Normas específicas (regras) têm um custo de criação mais alto, têm menor flexibilidade, e, no mundo ideal, diminuiriam o custo de aplicação pelos corpos judiciais e administrativos.

Entretanto, a AED serve para examinar três dimensões estratégicas da legislação ou, se se prefere, três variáveis críticas entre as que os legisladores se movem: 1) o grau de especificidade (ou generalidade) das formulações normativas, 2) o *timing* da intervenção legislativa e 3) o âmbito espacial de aplicação do direito criado. As escolhas dos legisladores quanto a esses três elementos podem maximizar o custo ou o valor da legislação.

A partir desse panorama, o presente trabalho se dedica a investigar o papel da AED no processo de elaboração das leis, começando com uma revisão da literatura já produzida sobre o assunto – que é escassa e dispersa –, para então indicar como a AED pode ser útil aos legisladores. A metodologia empregada é a uma revisão de literatura, em pesquisa de natureza descritiva e exploratória, a partir do método hipotético-dedutivo. Embora não esgote o tema, procura a um só tempo descrever as possíveis conexões entre a AED e a elaboração das leis e fornecer bases para novas investigações, notadamente no que diz respeito ao emprego da técnica legislativa.

Para dar conta do objetivo, o trabalho está dividido da seguinte forma: o item seguinte (o de n. 2) é dedicado a explicar brevemente em que consiste a análise econômica do direito (AED); o item subsequente (n. 3) se ocupa de apresentar a atividade de elaboração da legislação sob a ótica da AED; na sequência, tem-se um item (n. 4) para, utilizando as chaves da AED, fazer uma aproximação à técnica legislativa empregada na escolha das formulações textuais das normas. Por fim, uma conclusão retoma os principais pontos trabalhados no texto.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED) é o campo de conhecimento cujo principal objetivo é empregar as ferramentas da economia – tanto os fundamentos teóricos, quanto os estudos empíricos – com vistas a expandir a compreensão e o alcance do direito, aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas (GICO JR., 2016, p. 17-26). A AED se dedica ao fenômeno jurídico especialmente com relação às consequências no mundo real. A abordagem econômica serve para compreender, explicar e prever as implicações fáticas de uma determinada norma jurídica ou sua interpretação no ordenamento jurídico. Vista nesses termos, trata-se sobretudo de um método de investigação.

Na definição de Nicholas Mercurio e Steven G. Medema (2006, p. 1),¹ a abordagem pode ser definida como a aplicação da teoria econômica – principalmente a microeconomia e os conceitos básicos da economia do bem-estar – para examinar a formação, estrutura, processo e impacto econômico do direito e das instituições jurídicas. Os referidos autores preferem a denominação *Direito e Economia*, mas essa é uma controvérsia pouco relevante, já que não muda a essência ou substância das suas preocupações.

Sztajn (2005, p. 82) sintetiza a AED como a mera aplicação da teoria da escolha racional ao direito – independentemente de ser o direito positivo, de se cuidar de usos e costumes, de decisões judiciais, etc. –, como forma de considerar os prêmios e punições associados às normas jurídicas, os quais estão associados às instituições e à racionalidade econômica.

A disciplina não se propõe a dar respostas definitivas aos problemas jurídicos, tampouco se limita ao debate em torno da eficiência. Como explica Salama (2008, p. 6), o perfil é muito mais descritivo e explicativo da realidade, de modo a iluminar as implicações das diversas escolhas normativas. O corpo teórico se ocupa especialmente dos incentivos gerados pelos institutos jurídicos. Por vezes, o referido autor se refere à AED como um *movimento*, que teria diversas *vertentes* (Escola de Chicago, Escola de New Haven, Escola Austríaca, etc), cujas distinções demandariam tempo e espaço de que não se dispõem aqui.

Para os fins do presente trabalho, é suficiente explicar as duas dimensões da AED: a primeira, positiva ou descritiva, ocupando-se do mundo real dos fatos; e a segunda, normativa ou prescritiva, dedicando-se às conexões das noções de justiça, eficiência, maximização de riqueza e maximização de bem-estar. Aqui, interessa especialmente a primeira vertente.

1 No original: “‘Law and Economics’ can be defined as the application of economic theory – primarily microeconomics and the basic concepts of welfare economics – to examine the formation, structure, process, and economic impact of law and legal institutions”. MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton University Press: Princeton University Press, 2006, p. 1.

As obras mais célebres que se dedicam à AED,² no entanto, não trazem maiores detalhes sobre a metodologia da AED. A partir de modelos de outros autores que citam, Mackaay e Rousseau (2020, p. 666 e ss.) propõem três níveis de análise, aqui sutilmente simplificados e adaptados para ressaltar o que interessa: 1) análise dos efeitos das normas (abstendo-se de julgamentos morais); 2) o fundamento das normas (explicando por que determinadas normas existem); e 3) as normas desejáveis (permitindo decidir quais normas devem existir).

A análise se desenvolve em quatro etapas: 1) para o cálculo dos efeitos, é preciso fixar a estrutura de incentivos, para o que, por seu turno, convém comparar determinada norma com a sua contrária; 2) a partir da etapa anterior, é possível contrastar as diferentes normas e avaliar qual melhor atende aos objetivos subjacentes; 3) consideração dos custos de transação, notadamente quanto ao potencial da norma para reduzi-los, considerado o custo que ela mesma cria, inclusive os efeitos secundários relevantes e indesejáveis; e 4) após a análise conceitual das etapas anteriores, avança-se com a análise empírica, testando a hipótese formulada antes.

No presente trabalho, não se chega a aplicar a AED com o rigor metodológico que se acaba de explicar, tampouco se procederá a qualquer estudo empírico. A ideia é muito mais explicar os fundamentos da abordagem. A investigação, portanto, foi realizada segundo o estilo e as inclinações mais contemplativas próprias do mundo jurídico.

Nesse sentido, ainda enquanto metodologia, a AED se baseia em alguns postulados (GICO JR., 2016, p. 21-24), por exemplo: 1) o de que os recursos da sociedade são escassos; 2) o de que toda escolha pressupõe um *trade-off* ou custo de oportunidade, consistente na alternativa preterida; 3) o de que os agentes são racionais e atuam de modo a maximizar seu bem-estar, ponderando custos e benefícios dos cursos de ação possíveis; 4) como consequência do anterior, o postulado de que os agentes respondem a incentivos, de maneira que alterações na estrutura de incentivos (leia-se nas normas jurídicas) podem conduzir a que mudem de conduta; e 5) o comportamento racional maximizador conduz a que os agentes realizem trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, ou seja, até que o equilíbrio seja alcançado.

Tais pressupostos básicos da AED justificam o empreendimento da AED e, de modo especial, sua aplicação à elaboração das normas jurídicas. Nas palavras de Ivo Gico Jr. (2016, p. 26):

2 Por exemplo: POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 9th edition. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014 (aqui foi consultada a versão em castelhano *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Ecoómica, 2007); e COOTER, Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6th edition. New York: Pearson Education Limited, 2014 (com tradução para o português como *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010).

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos.

A perspectiva da AED também se justifica de modo especial no contexto da pesquisa em direito no Brasil (NOBRE, 2003), sobretudo em função da necessidade de construções teóricas voltadas para *explicar* e *compreender* o processo que conduz à aprovação da legislação, tão-somente, sem necessariamente aderir a um compromisso de *solucionar* um problema ou sistematizar dogmaticamente o campo. Existe uma lacuna – ou um *atraso relativo* para usar as palavras de Nobre (2003, p. 145-154) – no pensamento jurídico com relação a esse tipo de pesquisa utilizando a AED voltada para o processo de elaboração das leis no Brasil.³ Embora não o presente trabalho não vá preencher esse vácuo, ao menos pretende contribuir jogando mais luzes para a área.

Além disso, parece necessário estudar melhor o funcionamento dos parlamentos como instituições políticas que são. Na explicação de Porto e Garoupa (2020, p. 37), as instituições econômicas e o próprio crescimento econômico são determinados pelas instituições políticas. Retomando o argumento de Acemoglu, Johnson e Robinson (2005, 2005, p. 385-472), os autores afirmam existir uma *hierarquia de instituições*, de modo que as instituições políticas impactam nas instituições econômicas, e os resultados dessa interação afeta o crescimento econômico. Sugerem que “*as instituições políticas são mais importantes que qualquer outro conjunto institucional de uma sociedade*” (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 37). Portanto, a melhor maneira de mudar resultados econômicos seria a partir da modificação das instituições políticas.

Essa reflexão justifica a aplicação da AED ao processo das decisões legislativas, como se passa a fazer na sequência.

3 A AED tem sido mais empregada em perspectiva juristocêntrica ou em ramos do direito específicos, como o direito civil (notadamente no direito de propriedade, responsabilidade civil, família), empresarial, concorrencial, tributário, trabalhista, securitário, penal, ambiental, etc. Mas quase nada sobre o processo de criação do direito pelos legisladores. Basta olhar os índices das principais obras sobre AED. Talvez isso se dê precisamente em função da leitura *a contrario* das razões apontadas na nota de rodapé anterior: 1) é quase impossível dar conta do processo legislativo olhando somente as normas jurídicas que o disciplinam; e 2) há poucos profissionais práticos que a um só tempo efetivamente entendam do assunto e estejam envolvidos na pesquisa em direito. Esse diagnóstico de poucas pesquisas em Direito e Economia sobre as normas já tinha sido apontado por Arida (2005, p. 60-73).

3. A ELABORAÇÃO DA LEGISLAÇÃO (COMO ATIVIDADE) VISTA PELA AED

Sob as lentes da AED, parte-se da premissa de que a escolha por *legislar* é uma escolha racional. Isso não em razão do postulado da racionalidade do legislador,⁴ que funciona mais como uma ficção útil ao sistema jurídico, dadas suas diversas consequências dogmáticas. A ideia de um *legislador racional* é muito mais uma construção voltada a justificar diversos esquemas argumentativos utilizados pelos juristas, atribuindo-os à figura antropomorfizada do legislador.⁵ Juridicamente, o postulado serve para que se interprete a legislação como se o legislador fosse racional, por mais que essa seja apenas uma hipótese carecendo de confirmação empírica. A AED não toma por base esse postulado.

Diferentemente, o ponto de partida da AED para conceber a atividade de legislar como racional está no conceito de eficiência econômica. Na explicação tradicional, o mercado nem sempre tem condições de promover eficiência. Por isso, a intervenção do Estado via regulação ou legislação ocorre para assegurar o bom funcionamento da economia. A partir disso, o julgamento das normas inseridas no ordenamento se dá com base no seu efeito sobre a alocação de recursos.

Eficiente no sentido Pareto (GICO JR., 2016, p. 24)⁶ será a norma que produza um estado de coisas em que nenhuma outra alocação de recursos é capaz de melhorar a situação de alguém sem piorar a de outrem. Já a eficiência no critério Kaldor e Hicks sugere que as normas devem ser desenhadas de modo a gerar o máximo bem-estar ao maior número de pessoas.⁷

Dadas essas premissas, as normas em geral (seja a legislação, seja a regulação) concebidas sem o devido cuidado tendem a gerar mais custos que benefícios. Em vez de resolver as falhas de mercado, acabam introduzindo novas distorções, as chamadas falhas de governo, gerando ainda mais problemas do que os que se pretendiam resolver. Existem outros obstáculos – também já mapeados pela literatura da AED – que impedem que a legislação cumpra seu papel. Refere-se aqui de modo especial a: 1) casos de captura dos legisladores por grupos de interesse (OLSON, 1971); 2) falhas no sistema de representação que induzem os parlamentares a votarem contrariamente às preferências de

4 Sobre essa perspectiva jurídica do legislador racional, há muito material escrito, por exemplo, por todos: Calvo García (1986, p. 101-132); Ezquiaga (1994, p. 69-98); Salaverría (1990, p. 113-126).

5 Algo parecido acontece com a intenção do legislador. Sobre o tema, confira-se: Nascimento (2021a).

6 Existem, no entanto, outros sentidos de eficiência, como os explicados em: Porto (2019, p. 25-50).

7 Convém diferenciar eficiência de outro conceito, qual seja, o de eficácia. A eficácia diz respeito à aptidão de produzir efeitos, ao passo que a eficiência corresponde à capacidade para gerar o melhor resultado com o mínimo de desperdício (erros ou perdas de recursos).

seus eleitores (ARROW, 1970); e 3) falta de informações quanto aos efeitos econômicos das normas em vias de aprovação.

Esse último dado faz com que, por vezes, sejam os mercados especulativos que produzam previsões mais precisas. Robin Hason (2013) vê nos mercados uma fonte de informação, cujo funcionamento implica, ao mesmo tempo, um condicionamento a que uma determinada política pública seja aceita ou rejeitada. Simplificando bastante a explicação do autor, os mercados funcionam como um agregador do conhecimento coletivo e podem acabar *vetando* determinada proposição legislativa se entenderem que a medida não melhorará o bem-estar. Isso se dá na forma de uma *aposta*, conforme o comportamento (compra ou venda de ativos financeiros ou valores mobiliários).

Naturalmente, essa estimativa dos mercados gera uma distorção, pois os mercados acabam se tornando o principal mecanismo pelo qual as políticas são aprovadas ou não.

Por nada disso, no entanto, fica prejudicada a explicação de que a atividade de *legislar* é dotada de racionalidade. É que, ainda na perspectiva da AED, a legislação é fruto de uma decisão racional também a partir de outro caminho.

Os grupos de interesse que buscam parlamentares, assim como os próprios legisladores que decidem levar adiante a discussão de uma proposta legislativa, tomam uma decisão racional na qual são ponderados os custos e benefícios esperados de se usar esse mecanismo de resolução do conflito social. Ainda que intuitivamente os atores tentam estimar a probabilidade de sucesso, bem como os custos associados à articulação parlamentar para que a legislação saia nos moldes desejados. Assume-se que o custo da opção de buscar a *legislação* é inferior ao custo de tentar outra via para resolver a questão específica, por exemplo, a alternativa da regulação por intermédio das agências reguladoras ou da litigância junto ao Poder Judiciário.⁸

Sem prejuízo de que os atores incorram em margens de erro, o fato é que essas estimativas determinarão, em larga medida, o processo de elaboração legislativa. Como em qualquer troca voluntária, há chances de que uma proposição legislativa seja aprovada quando a utilidade máxima do projeto de lei desejado pelos grupos de interesse exceder o benefício mínimo aceitável pelos legisladores racionais. Os legisladores racionais aprovarão a legislação quando o retorno esperado com a providência seja igual ou próximo ao que os grupos de interesse estão dispostos a barganhar. Trata-se em alguma medida do *rent-seeking*.

8 Esse cálculo depende do grupo de interesse, do assunto, do momento, etc. Haverá situações em que para um grupo de interesse será menos custoso alcançar seus objetivos por intermédio do Poder Judiciário ou agências reguladoras.

Na prática, isso significa a necessidade de que o conteúdo da proposição seja capaz de alcançar o número de votos correspondente ao quórum de aprovação, reunindo o consenso necessário para derrotar as propostas rivais. Adaptando-se a explicação dada por Black (1948, p. 23-34), pode-se afirmar que os interessados na aprovação da legislação farão um cálculo racional, de modo a que o conteúdo da proposta contemple a preferência média dos parlamentares que participam da votação, independentemente do assunto a ser tratado.⁹

Aplicando-se a analogia de Black ao processo legislativo, tem-se que a aprovação das leis (em determinados termos) reflete um ponto de interseção entre demanda e oferta (BLACK, 1948, p. 28), o que em um mercado estaria representado pelo *preço*, que, no caso da decisão legislativa, considera as opiniões ou preferências dos parlamentares.

Dado que as intensidades das preferências dos parlamentares não são idênticas, pois variam conforme o assunto da proposição em debate, a posição dos legisladores pode oscilar entre estágios de indiferença, contrariedade e defesa ferrenha. É isso o que enseja o chamado *logrolling* ou troca de votos entre os parlamentares. Ao ingressar no parlamento, rapidamente os legisladores aprendem que seu voto é um ativo de valor no processo legislativo. Como explicam Buchanan e Tullock (1993, p. 151), como a Casa Legislativa (leia-se, um determinado grupo de parlamentares fixo) tomará diversas decisões ao longo da legislatura, e o voto individual nessas decisões coletivas produz efeitos econômicos, esse contexto oportuniza a criação de um *mercado*. “Isso porque cada participante passa a reconhecer o valor econômico de seu próprio voto para os outros sobre certos temas e, em troca, também reconhece o valor econômico para ele dos votos dos outros sobre os diferentes temas.” (NASCIMENTO, 2021b, p. 297-349).

Embora Buchanan e Tullock (1993, p. 173) adotem a perspectiva de que o processo legislativo estaria reduzido a esse *toma-lá-dá-cá*, e que o comportamento estratégico dos parlamentares giraria ao redor dos interesses dos diversos grupos empenhados na aprovação da legislação, os autores esclarecem que não há razão para vislumbrar ilicitude, corrupção ou desonestidade na prática. Na verdade, as negociações parlamentares são mutuamente benéficas aos envolvidos. A razão disso também é dada pelos próprios Buchanan e Tullock (1993, p. 179): o bem-estar de um parlamentar isolado tende a aumentar se ele aceita uma decisão contrária ao seu desejo individual em uma área em que suas preferências sejam fracas, em troca de uma decisão que lhe seja favorável em outra área em que seus sentimentos sejam mais fortes.

Com isso, “há vantagem no *logrolling* até que o custo marginal de votar a favor de algo (com que não se está de acordo) seja igual aos benefícios marginais

9 Explicações mais detalhadas sobre a literatura da análise econômica do direito aplicada ao processo de elaboração das leis pode ser encontrada em Nascimento (2021b).

esperados do(s) voto(s) assegurados em troca do apoio para os temas que sejam de maior interesse do votante” (NASCIMENTO, 2021b, p 297-349). Assim, a aprovação da legislação pelos parlamentos pode ser entendida como o resultado de um cálculo racional dos agentes que resolvem cooperar entre si com vistas a permitir ganhos recíprocos, por mais que os benefícios e custos tendam a não ser distribuídos de forma igual perante o restante da população.¹⁰

Em um cenário assim, a legislação só não será aprovada se as estimativas dos interessados não coincidirem minimamente. Daí a importância de que todos os envolvidos sejam capazes de prever (com o máximo de precisão possível) quais serão os efeitos da aprovação da legislação. Nessa abordagem simplificada, em que se assume que os envolvidos sabem de antemão quais são os seus retornos e perdas com a aprovação de determinada proposição legislativa, a tendência é produção de ajustes e aperfeiçoamentos ainda durante o processo de elaboração da legislação, pois é irracional que se aprove uma lei que gere mais custos do que ganhos.

Ocorre que, na prática, esse modelo poderia parecer irrealista, pois em alguma medida sempre existe assimetria de informação entre as partes. O mais comum é que alguns atores tenham mais ou melhores informações do que outros, o que cria um desequilíbrio de poder durante as discussões parlamentares, e, por conseguinte, por vezes isso pode levar a problemas de alocação. O tema será retomado adiante, após o tópico a seguir sobre a possível relação entre AED e a técnica legislativa.

4. TÉCNICA LEGISLATIVA VISTA PELA AED

Convém repisar a compreensão de que a regulação de modo geral – no que se inclui a opção por adotar a legislação –,¹¹ tem entre seus objetivos o de reduzir os custos de transação e mitigar outras falhas do mercado. Por isso, como já indicado, seus efeitos podem acabar sendo menos benéficos ou mesmo contraproducentes se o planejamento jurídico for mal concebido. A falta de planejamento das normas implica custos diretos e indiretos que, por seu turno, geram má alocação de recursos. Daí a importância das ferramentas que aumentem a racionalidade do processo decisório e reduzam a assimetria de informação, como a análise de impacto vista na seção anterior.

10 Por isso, Porto e Garoupa, por exemplo, entendem que o *logrolling* seria uma falha de governo, porque “os representantes da população acabam votando não tendo em conta seus eleitores, mas sim por conta de negociações com outros agentes políticos” (PORTO; GAROUPA, 2020, p. 78).

11 Legislação e regulação são conceitos distintos. Há semelhanças, diferenças e, de modo especial na contemporaneidade, sobreposições, embora os campos de uma e de outra não sejam totalmente coincidentes, que é o principal aspecto a ser ressaltado. Não é o propósito do trabalho traçar um mapa analítico sobre o assunto, que foi abordado na nota de rodapé nº 22 de Nascimento (2021c). Outra perspectiva sobre o assunto está em Kostli; Levi-Faur; Mor (2019, pp. 169-178).

Nesse sentido, também cumprem papel importante as diretrizes de técnica legislativa, a partir das quais se lê que a redação das normas deve ser: 1) clara, de fácil compreensão e sem margem a ambiguidades; 2) simples, concisa, desprovida de elementos supérfluos; e 3) precisa, para não deixar margem a dúvidas por parte de seus destinatários. Para alcançar esse desiderato, os guias de estilo oferecem uma série de recomendações para a composição, gramática e linguagem.¹² Como consequência dessa perspectiva, as imperfeições na redação legislativa costumam ser consideradas desprezo, descaso e descuido da boa técnica legislativa.

Tal visão, entretanto, não adere aos processos reais da escrita da legislação, que têm suas próprias características, por exemplo: são altamente variáveis e contextuais, cada proposição acaba tendo seu próprio caminho; normalmente são funcionários públicos, lobistas e redatores profissionais que elaboram leis em vez de os próprios parlamentares; e, embora os redatores estejam familiarizados com as regras de estilo, estas não são integradas sistematicamente no processo de elaboração por várias razões,¹³ inclusive evitar responsabilização e proteger as próprias carreiras (HADFIELD, 1994, p. 550). Em resumo, o referencial da técnica legislativa e suas diretrizes de estilo, de forma isolada, não dão conta das práticas reais, pelo que sua abordagem pode ser integrada com a AED para explicar melhor o que acontece.

À luz da AED, a razão subjacente às recomendações sobre a redação das normas seria basicamente a mesma que se acaba de ver antes: normas excessivamente complexas ou mal redigidas são mais difíceis de ser implementadas pelos agentes, geram insegurança jurídica, o que, por seu turno, tendem a corroer a eficiência econômica. Ocorre que existem outros fatores a serem sopesados além da clareza, simplicidade e precisão vistos acima.

É que o grau de precisão da disposição ou formulação textual¹⁴ da norma tem impacto no comportamento primário e nos custos associados

12 Um dos guias mais clássicos é Dickerson (1954). Mas esse tipo de preocupação com a formulação linguística estritamente segue presente, por exemplo, no tradicional *Thornton's Legislative Drafting*, cuja atualização tem estado a cargo de Helen Xanthaki. Também existem: Butt (2013); Martineau; Salerno (2005); Neumann Jr.; Entrikin (2018). No Brasil, infelizmente, há poucos desses manuais, valendo citar apenas: Campos (1972).

13 Para aprofundamento sobre essa discussão, confira-se: Nascimento (2019, pp. 17-44); Nourse; Schacter (2002).

14 Não custa recordar que os textos não se confundem com as normas. Os textos normativos são os documentos elaborados pelas autoridades competentes para produzir as fontes do direito em determinado sistema jurídico. Por seu turno, as normas são os sentidos extraídos ou reconstruídos a partir dos textos normativos por intermédio da interpretação. Não necessariamente uma norma conta com um texto ou dispositivo, como é o caso, por exemplo, do princípio da segurança jurídica ou da imparcialidade judicial. Também pode acontecer de um mesmo dispositivo serem extraíveis diversas normas. Mesmo com dissociação entre texto e norma, persiste a relevância dos esforços voltados para textos bem desenhados e que aumentem o grau de certeza e previsibilidade. É que as disposições podem ser mais ou menos vagas ou ambíguas, de modo a comportar distintos (e às vezes até contraditórios) significados. Sobre o assunto, confira-se: Guastini (2011, p. 133-156); Ávila (2021, p. 50-51).

à administração da norma (DIVER, 1983). É dizer, o descumprimento dos princípios de estilo pode estar justificado por outras razões de necessidade prática – por exemplo, a impossibilidade de os legisladores conseguirem antever com precisão todas as circunstâncias às quais a legislação será aplicável – ou a serviço do cumprimento de outros objetivos, na linha do que se passa a explicar na sequência.¹⁵

John D. Huber e Charles R. Shipan (2002, p. 17-43) explicam que leis específicas dificultam que outros atores políticos, especialmente as burocracias, adotem políticas diferentes daquelas preferidas pelas maiorias legislativas. A especificidade limita a discricionariedade, ao passo que normas vagas dão um papel mais amplo para outros atores elaborarem políticas. Os referidos autores ainda indicam que a extensão da legislação é um indicador dos esforços da legislação para controlar a implementação das políticas públicas. Leis mais longas costumam impor mais limites às ações de outros atores porque contêm detalhes específicos que restringem sobretudo os burocratas.

Robert C. Post (1994) também correlaciona o grau de vagueza e a discricionariedade.¹⁶

Tais opções podem ser traduzidas como custos (EHRlich; POSNER, 1974; HADFIELD, 1994). O processo legislativo funciona como uma função com custos fixos e variáveis. Um maior grau de especificidade da legislação geralmente aumenta o custo da promulgação, que corresponde a um custo fixo, mas requer custos de implementação mais baixos por agências e tribunais, que representa um custo variável. O custo para a criação de normas específicas (regras) é mais elevado porque estas exigem a determinação antecipada

15 A discussão sobre a vagueza dos textos normativos também conta com farta literatura produzida no âmbito da teoria do direito. Infelizmente, por razões de tempo e espaço, tal abordagem fica fora da presente investigação. No entanto, é necessário registrar que o foco da teoria do direito também é outro, com preocupações voltadas para oferecer um mapa conceitual da vagueza, dissecar as diversas espécies, apontar os problemas que acarreta para o Estado de direito (normas excessivamente vagas criam problemas de discricionariedade e cumprimento) e refletir sobre quais são as condutas humanas que simplesmente não podem ser reguladas por normas precisas. Também há escritos ressaltando outras funções instrumentais e estratégicas da vagueza, apontando no sentido de que é melhor uma norma vaga do que norma nenhuma ou que a vagueza pode ser necessária para garantir flexibilidade na aplicação do direito, bem como para a capacidade de deliberação das pessoas. Para aprofundamento da discussão sobre a vagueza a partir da teoria do direito, confirmam-se: Endicott (2000; 2011); Waldron (2011); Keil; Poscher (2016); Asgerirsson (2020); Lanius (2021; 2019).

16 O autor usa os exemplos de formulações dirigidas à polícia de trânsito:

- 1) Regule o tráfego como você julgar conveniente;
- 2) Regule o tráfego de forma a evitar congestionamentos;
- 3) Regule o tráfego de forma a alternar entre dois minutos de movimento no sentido norte/sul e três minutos de movimento no sentido leste/oeste.

A discricionariedade decresce à medida que diminui a vagueza. Para o autor, a vagueza veicula a oportunidade para um controle judicial.

do conteúdo da norma (KAPLOW, 1992).¹⁷ Depois que é promulgada, toda legislação tem um custo de implementação e adjudicação que é variável.

É bem verdade que a aplicação de *standards* implica a consideração de fatos e circunstâncias do caso concreto,¹⁸ o que reduz os problemas de sobreinclusão e subinclusão. Mas existe a crítica de que a utilização de *standards* esvazia o caráter substantivo das normas, pois não informa com clareza as condutas a serem seguidas pelos destinatários.¹⁹ A adoção de normas vagas implica uma espécie de regulação *ex post*.²⁰ Nada obstante, para a AED, pode-se afirmar que o valor da legislação é uma função da precisão (PARISI; FON, 2009, p. 11).

Em um regime dominado por regras, mais indivíduos se tornam informados e têm mais probabilidade de ajustar sua conduta aos preceitos da legislação. Sob um *standard* como a razoabilidade, o que é *razoável* sob as circunstâncias pode variar muito. Como explicam Parisi e Fon (2009, p. 12), “as funções prospectivas e dissuasivas da lei são, portanto, mais eficazes quando as leis são formuladas como regras precisas. Este é outro benefício da especificidade da lei.”²¹

17 Eis o exemplo de uma norma específica do Código Civil: “Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.

§ 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso.

§ 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresso, ter sido a venda *ad corpus*”.

18 Eis o exemplo de uma norma vaga do Código Civil: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

19 No capítulo segundo de sua tese de doutorado, Salinas se dedica a expor as estratégias de desenho legislativo, apresentando a discussão sobre as vantagens comparativas e limitações das regras *vis a vis* os *standards*. Conforme explica a autora, a melhor estratégia dependerá da avaliação de diversas variáveis e que não é possível determinar *a priori* e de modo resolutivo quais matérias devem ser tratadas por umas e outras. No entanto, também afirma que a utilização excessiva de *standards* tende a tornar a legislação inefcaz, o que compromete o processo de implementação. Além disso, vai dando outras pistas, por exemplo: a necessidade de adaptabilidade do assunto indica a utilização de *standards*, ao passo que normas jurídicas proibitivas exigem um nível mais acentuado de assertividade, recomendando-se o tratamento por regras. Para aprofundamento, confira-se: Salinas (2012, p. 64-107).

20 “A escolha dos legisladores de promulgar uma norma ou um conjunto de regras precisas é implicitamente também uma escolha entre a elaboração de normas legislativas e judiciais.” No original: “The legislatures choice whether to enact a standard or a set of precise rules is implicitly also a choice between legislative and judicial rulemaking.” (EHRlich; POSNER, 1974, p. 261).

21 No original: “The forward-looking and deterrent functions of law are thus more effective when laws are formulated as precise rules. This is another benefit of law’s specificity.”.

O grau ideal de especificidade da legislação deve ser escolhido de forma a maximizar o valor da lei, considerando o custo fixo da legislação e o custo variável da adjudicação. Seguindo por essa lógica, a frequência com que a legislação será aplicada é importante para determinar o nível ideal de especificidade.

Se uma norma for aplicada com frequência, seus custos variáveis de adjudicação tenderão a ser mais altos do que os custos de promulgação. Nesse caso, a opção por uma regra será menos custosa e mais eficiente. Por outro lado, para assuntos jurídicos que raramente surgem e cujas circunstâncias são variadas, a elaboração de uma regra que atenda cada contingência relevante exigiria um alto custo fixo e seria um *desperdício*, pois a maioria dessas circunstâncias hipotéticas dificilmente surgiriam em casos reais. Assim, quando a frequência de aplicação da norma é baixa, um *standard* é preferível (PARISI; FON, 2009, p. 16).

Outro fator a ser considerado para a escolha quanto ao grau de especificidade das normas diz respeito à suscetibilidade de mudanças no ambiente regulado. Regras específicas são mais propensas à obsolescência. Em geral, quanto mais detalhada for uma regra, mais frequentemente ela terá que ser alterada (EHRlich; POSNER, 1974, p. 278). Daí, em se esperando volatilidade no âmbito regulado, devem-se escolher níveis mais baixos de especificidade.

Além disso, a complexidade da realidade sobre a qual se pretende intervir deve ser considerada. Aqui o raciocínio também se torna mais complexo. Uma realidade mais complexa eleva o custo fixo legislativo, mas também aumenta o custo de adjudicação. Por isso, um aumento no custo fixo legislativo tende a favorecer um menor grau de especificidade (*standards*), enquanto um aumento no custo de adjudicação favorece um maior grau de especificidade (regras). As forças pareceriam anular-se.

Daí, explicam Parisi e Fon (2009, p. 21), com um aumento da complexidade do ambiente regulado, seria justificado um maior uso de regras quando os custos legislativos forem menores do que os custos judiciais.²² Um aumento do capital humano judicial, por outro lado, reduziria os custos judiciais e assim justificaria o uso de legislação mais vaga em resposta a um aumento na complexidade do ambiente regulado.

A quantidade ou qualidade das informações disponíveis sobre as circunstâncias atuais ou futuras do assunto a ser regulado também é elemento a ser considerado. Quando os legisladores possuem informações incompletas sobre

22 Aqui convém não confundir com a complexidade das próprias normas. Como explica Louis Kaplow, a maior complexidade das regras permitiria um melhor controle dos comportamentos. Ocorre que regras mais complexas são mais custosas para os indivíduos entenderem e para os tribunais aplicarem *ex post*. Para a compreensão do argumento integral, confira-se: Kaplow (1995). O autor ainda conecta o grau de complexidade como elemento para a comparação entre regras e *standards*, conforme Kaplow (1992).

a questão a ser regulamentada, devem adotar *standards* enquanto esperam o advento de informações. À medida em que essas vão surgindo, podem aumentar o nível de especificidade. Essa é uma maneira útil de lidar com a incerteza.

Kaplow (1992, p. 571, 605) introduz outro fator a se ter em conta: a aversão ao risco, que em sua análise vai associada ao custo do aconselhamento jurídico a que os cidadãos recorrerão para orientar suas condutas. Regras sugerem um custo mais baixo quanto a esse aspecto, em comparação com *standards*. Indivíduos mais informados tendem a suportar menos riscos. Por essa lógica, conseqüentemente, sob *standards* os indivíduos tendem a ser menos informados, e podem acabar suportando mais riscos do que seria socialmente desejável.

Como já é possível perceber, os legisladores devem pesar os custos e benefícios da especificidade e de complexidade da legislação. Tais custos são de três ordens: 1) custos relacionados à elaboração de normas específicas; 2) custos relacionados à aplicação ou adjudicação por agências reguladoras e tribunais e 3) custos relacionados ao cumprimento das normas, em termos de aconselhamento e incerteza jurídica para os cidadãos (SHÄFER, 2002).

Tudo o que se indicou até aqui também lança luzes sobre as tendências históricas da legislação, sobretudo nas áreas especiais do direito privado, que tendem a contar com códigos detalhados e duradouros.

Diver (1983, p. 69) usa um exemplo bastante didático para explicar a questão, oferecendo três modelos de formulação verbal:

- Modelo I: Nenhuma pessoa pode pilotar um avião comercial após seu sexagésimo aniversário.
- Modelo II: Nenhuma pessoa pode pilotar um avião comercial se ela apresentar um risco de acidente não razoável.
- Modelo III: Nenhuma pessoa pode pilotar um avião comercial se ela se enquadra nas seguintes categorias. (Seguem tabelas com todas as combinações de valores para numerosas variáveis, incluindo anos e nível de experiência, horas de tempo de voo registradas, idade, altura, peso, pressão arterial, velocidade do voo, visão e outros sinais vitais, que desqualificariam um piloto de mais elegibilidade para pilotar uma aeronave).

Na sequência, Diver se dedica a refletir sobre qual é a formulação textual mais transparente. No caso, a resposta é fácil: o Modelo I, pois todos sabem o que significa *sexagésimo* e *aniversário*. Já o conceito de *não razoável* do Modelo II está suscetível a uma ampla gama de interpretações. O Modelo II é mais curto que o Modelo III e requer um único juízo: a *razoabilidade* do risco. Nada obstante, esse juízo pode se basear em um conjunto de perguntas subsidiárias

tão numerosas e complexas como as que se incluem no conjunto de tabelas mais explícitas do Modelo III.

Na reflexão do autor, a assunção de que o Modelo II é mais congruente que o Modelo I é pouco confiável. Por seu turno, para entender o objetivo último do legislador, o Modelo II depende da suposição pouco verificável de que *não razoável* conota *economicamente ineficiente*.

O exercício de Diver é útil para mostrar que cada uma das formulações normativas apresenta dificuldades. O Modelo I pode ser aplicado mecanicamente, mas sem dúvidas deixará em terra muitos pilotos que deveriam seguir voando e permitirá que sigam voando alguns que deveriam ficar em terra. Inclusive se admitimos que o Modelo II é fácil e fiel às intenções dos legisladores, gera interpretações muito diversas em casos concretos. O Modelo III é louvavelmente mais objetivo e pode inclusive discriminar com precisão entre riscos baixos e altos. Mas esse objetivo é alcançado somente ao custo de dificuldade na aplicação.

Para Diver, tentar escapar desses *tradeoffs* com um quarto modelo parece inútil. Seu raciocínio avança começando com o Modelo I (a versão *idade 60 anos*). Como a maior falha desta regra é sua aparente inconsistência, poder-se-ia tentar suavizar suas arestas duras, permitindo exceções em casos particularmente meritórios. Por exemplo, poder-se-ia permitir que os sexagenários particularmente robustos continuassem voando. Mas essa estratégia apenas levanta um novo enigma: como definir a categoria de pilotos isentos? É claro que existem muitas opções, mas todas parecem sofrer em um grau ou outro de problemas de opacidade (*razoavelmente saudável*), inconsistência (*capaz de pressionar 68 kg e correr 8 km em 40 minutos*) ou inacessibilidade (tabelas do Modelo III).

Do mesmo modo, com base no *standard* do Modelo II de *risco não razoável*, poder-se-ia aumentar sua transparência acrescentando uma lista dos componentes do *risco não razoável*, por exemplo, *levando em conta a idade, condição física, acuidade mental, habilidade e experiência da pessoa*. Entretanto, tais listas acrescentam relativamente pouca transparência quando nem o significado nem o peso relativo dos elementos listados é especificado. A especificação necessária, no entanto, torna o padrão menos congruente ou acessível.

O exemplo é didático para explicar que as formulações verbais envolvem diferentes combinações de transparência, acessibilidade e congruência. Os *tradeoffs* são inevitáveis, embora nem todas as formulações sejam igualmente aceitáveis. Por isso, explica Diver, é necessário um critério normativo para comparar as formulações, sendo certo que a invocação de valores morais como a justiça, a equidade ou a comunidade oferece poucas esperanças. A partir daí

o autor se dedica a apresentar o que seriam os custos e benefícios da precisão, para cujo conhecimento se remete diretamente ao seu texto.

De todo modo, a ideia mais importante é a seguinte: formulações normativas do tipo regras tipicamente são mais caras para se criar do que os *standards*, enquanto essas últimas são mais caras para os indivíduos interpretarem quando vão agir, e para um julgador aplicar a uma conduta passada (KAPLOW, 1992). Por mais que se reconheça que regras e *standards* funcionam como só dois polos de um espectro – é dizer, existem diferentes níveis intermediários de precisão, complexidade e clareza das normas – a abordagem da AED oferece diversas explicações que precisam ser integradas à literatura voltada para compreender a atividade dos legisladores.

5. CONCLUSÕES

No seu ensaio *O bom legislador*, escrito 1971, Norberto Bobbio (1909-2004) não vislumbrou a capacidade de raciocinar sobre as consequências das leis como um dos atributos para se reconhecer um bom legislador. Por seu turno, quando Frédéric Bastiat (1801-1850) escreveu *O que se vê e o que não se vê* certamente não mirava a figura do legislador. Mas, após todo o percurso realizado no presente trabalho, fica claro que o bom legislador tem algo (na verdade, muito) do bom economista de Bastiat, que consegue enxergar além do efeito *que se vê* (a consequência imediata), prognosticando também os efeitos *que se devem prever* (as consequências de longo prazo) geradas a partir das leis aprovadas pelo parlamento.

Viu-se que a análise econômica do direito (AED) é um método de investigação útil para os legisladores – talvez nenhum outro campo do conhecimento ofereça um suporte tão amplo e concreto para a compreensão do fenômeno jurídico –, na medida em que apresenta ferramentas que, se bem empregadas, contribuem para compreender, explicar e prever as implicações fáticas de uma determinada norma jurídica, incluindo a predição das suas possíveis interpretações no ordenamento jurídico. Embora não ofereça soluções definitivas para os problemas jurídicos, a AED partindo da premissa de que agentes respondem a incentivos, ocupa-se da indicação de quais são os incentivos gerados pelos institutos jurídicos, no caso, das normas jurídicas.

A utilização da AED também se justifica no contexto da pesquisa jurídica no Brasil, que demanda mais estudos para *explicar e compreender* os fenômenos jurídicos e, especialmente, áreas como o processo que conduz à aprovação da legislação e o funcionamento das Casas Legislativas, como instituições políticas que são. As pesquisas voltadas para o processo de elaboração das leis no Brasil utilizando a metodologia da AED para analisar os aspectos mais internos do processo legislativo ainda são raras. A partir desse dado, o presente trabalho

buscou apresentar ferramentas analíticas que podem ser úteis na avaliação das escolhas legislativas em situações concretas.

Nesse sentido, explicou-se que, sob as lentes da AED, escolha por *legislar* é uma escolha racional porque a intervenção do Estado via legislação ocorre para assegurar o bom funcionamento da economia, corrigir falhas de mercado e promover eficiência econômica. Além disso, assume-se que o custo da opção de buscar a *legislação* é inferior ao custo de tentar outra via para resolver a questão específica, por exemplo, a alternativa da regulação por intermédio das agências reguladoras ou da litigância junto ao Poder Judiciário.

Por seu turno, para os legisladores racionais, a aprovação da legislação ocorrerá quando o retorno esperado com a providência seja igual ou próximo ao que os grupos de interesse estão dispostos a barganhar (lógica do *rent-seeking*).

Conforme outra constatação típica da análise econômica, a proposição tem chances de ser aprovada quando seja capaz de alcançar o número de votos correspondente ao quórum de aprovação. Assim, os interessados na aprovação da legislação farão um cálculo racional, de modo a que o conteúdo da proposta contemple a preferência média dos parlamentares que participarão da votação, independentemente do assunto a ser tratado.

Mas nada é suficiente para garantir a qualidade e a efetividade da legislação.

É sabido que a falta de planejamento das normas implica custos diretos e indiretos que, por seu turno, geram má alocação de recursos. A literatura AED também revela outros obstáculos que impedem que a legislação cumpra seu papel. Além disso, normas excessivamente complexas ou mal redigidas são mais difíceis de ser implementadas pelos agentes, geram insegurança jurídica, o que, por seu turno, tendem a corroer a eficiência econômica.

Nas lentes da AED, apresentou-se o processo legislativo como uma função com custos fixos e variáveis. Um maior grau de especificidade da legislação geralmente aumenta o custo da promulgação (um custo fixo), mas requer custos de implementação mais baixos por agências e tribunais (um custo variável).

Aplicou-se a AED para reler a lógica tradicional da técnica legislativa, para a qual normas boas são as claras, simples e de fácil cumprimento pelos cidadãos. A AED explicita o papel que normas vagas desempenham no *design* da legislação, demonstrando que legisladores precisam considerar aspectos mais complexos. Restou aclarado que as escolhas legislativas quanto às formulações textuais das normas dependem de vários parâmetros e que diversas situações justificam a racionalidade da legislação a partir de normas vagas (*standards*).

A partir da literatura, foram fornecidos alguns critérios a serem considerados para determinar o nível ideal de especificidade: 1) a frequência com que a legislação será aplicada; 2) a suscetibilidade de mudanças no ambiente regulado; 3) a complexidade da realidade sobre a qual se pretende intervir;

4) o grau de incerteza, isto é, a quantidade ou qualidade das informações disponíveis sobre as circunstâncias atuais ou futuras do assunto a ser regulado; e 5) a aversão ao risco. O funcionamento de cada um desses elementos foi tratado oportunamente. A conclusão da análise vai no sentido de que, às vezes, em alguns contextos, mas nem sempre, a lei não precisará ser definida de forma específica para impor o seu cumprimento.

De modo geral, o trabalho proporcionou um panorama das explicações e conexões entre a AED e o processo de elaboração das leis, bem como um mapa de possibilidades de aplicação de modelos teóricos que podem servir de hipóteses a serem verificadas em estudos empíricos futuros. Ainda assim, independentemente do caráter teórico, o resultado da presente pesquisa vai no sentido de que o aperfeiçoamento do processo de elaboração das leis gera um maior custo *ex ante* para os legisladores, mas gera uma redução global dos custos *ex post* global, o que tende a proporcionar economia diante dos benefícios e todos os custos globais incorridos.

REFERÊNCIAS

ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 60-73.

ARROW, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*. Yale: Yale University Press, 1970.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BLACK, Duncan. On the Rationale of Group Decision-making. *Journal of Political Economy*, v. 56, n. 1, p. 23-34, 1948.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*. Barcelona: Planeta-Agosniti, 1993.

BUTT, Peter. *Modern Legal Drafting: a guide to using clearer language*. 3th edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CAMPOS, José de Queiroz. *A arte de elaborar a lei. Técnica de redação e linguagem*. Rio de Janeiro: Editora Verbete Ltda., 1972.

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. Brasília: Presidência da República, 2018.

DICKERSON, Reed. *Legislative Drafting*. Boston: Little, Brown and Company, 1954.

DIVER, Colin. The Optimal Precision of Administrative Rules. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 1, p. 65-109, 1983.

EHRLICH, Isaac; POSNER, Richard A. An Economic Analysis of Legal Rule-making. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 257-286, 1974.

GARPUPA, Nuno. Limites ideológicos e morais à avaliação económica da legislação. *Legislação: cadernos de ciência de legislação*, v. 1, n. 42, p. 83-102, 2006.

GICO JR., Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26.

_____. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, L. B. (ed). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GUASTINI, Riccardo. Disposición vs. Norma. In: POZZOLO, Susanna; ESCUDERO, Rafael (Eds.). *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 133-156.

HADFIELD, Gillian K. Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law. *California Law Review*, v. 82, n. 3, p. 541-554, 1994.

HANSON, Robin. Shall We Vote on Values, But Bet on Beliefs? *The Journal of Political Philosophy*, v. 21, n. 2, p. 151-178, 2013.

HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. *Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy*. Cambridge University Press, 2002, p. 17-43.

KAPLOW, Louis. A Model of the Optimal Complexity of Legal. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 11, n. 1, p. 150-163, 1995

_____. Rules versus Standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, v. 42, i. 3, p. 557-629, 1992. Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol42/iss3/2>.

KOSTI, Nir; LEVI-FAUR, David; MOR, Guy. Legislation and regulation: three analytical distinctions. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 7, n. 3, 2019, pp. 169-178.

MARTINEAU, Robert; SALERNO, Michael. *Legal, Legislative and Rule Drafting in Plain English*. Minnesota: Thomson West Academic Publishing, 2005.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton University Press: Princeton University Press, 2006.

NEUMANN JR., Richard K.; ENTRIKIN, J. Lyn. *Legal Drafting by Design. A Unified Approach*. New York: Wolters Kluwer, 2018.

NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 58, n. 232, p. 167-193, out./dez. 2021a.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Análise econômica do processo legislativo: a teoria da escolha pública, a racionalidade coletiva e o comportamento estratégico na política brasileira. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). *Temas em direito e economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021b, pp. 297-349.

NASCIMENTO, Roberta Simões. A legislação baseada em evidências empíricas e o controle judicial dos fatos determinantes da decisão legislativa. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, v. 4, n. 3, p. 1-34, 2021c. DOI: 10.46818/pge.v4i3.253.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Quem redige as leis? O desenho institucional da redação legislativa na experiência internacional e no Brasil. In: PEREIRA, Gabrielle Tatith (Org.). *Poder Legislativo: Defesa institucional, representação judicial e assessoramento jurídico*. Brasília: Senado Federal, 2019, pp. 17-44.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Revista Novos Estudos Cebrap*, n. 66, p. 145-154, 2003.

NOURSE, Victoria F.; SCHACTER, Jane S. The Politics of Legislative Drafting: a Congressional Case Study. *New York University Law Review*, v. 77, n. 3, p. 575-624, 2002.

OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Havard: Havard University Press, 1971

PARISI, Francesco; FON, Vincy. *The Economics of Lawmaking*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

POST, Robert C. Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders. *California Law Review*, v. 82, n. 3, p. 491-507, 1994.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello;

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 25-50.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, p. 5-58, 2008.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

SHÄFER, Hans-Bernd. Legal Rules and Standards. *German Working Papers in Law and Economics*, v. 2002, n. 2, 2002.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

Recebido em: 28/07/2023

Aprovado em: 29/01/2023

