

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Análise econômica do direito
internacional**

**Economic analysis of
international law**

Michele Alessandra Hastreiter

Luís Alexandre Carta Winter

Sumário

CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	2
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Carina Costa de Oliveira e Erika Braga	
CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	12
Nitish Monebhurrun	
POR QUE VOLTAR A Kelsen, O JURISTA DO SÉCULO XX ?	16
Inocêncio Mártires Coelho	
O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE COMO CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM) DE Kelsen	45
Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima	
A JURIDIFICAÇÃO DE CONFLITOS POLÍTICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA POLÍTICA DA PAZ PELO DIREITO DE HANS Kelsen A PARTIR DO PENSAMENTO POLÍTICO DE CLAUDE Lefort	57
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O SINCRETISMO TEÓRICO NA APROPRIAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E SUA QUESTIONÁVEL UTILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS.....	78
Breno Baía Magalhães	
DIREITO GLOBAL EM PEDAÇOS: FRAGMENTAÇÃO, REGIMES E PLURALISMO	98
Salem Hikmat Nasser	
POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: A INTER-RELAÇÃO DIREITO INTERNO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO	139
Jamil Bergamaschine Mata Diz e Augusto Jaeger Júnior	
A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE COM BASE NA AMÉRICA LATINA.....	160
Daniela Menengoti Ribeiro e Malu Romancini	

O DIÁLOGO HERMENÊUTICO E A PERGUNTA ADEQUADA À APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CAMINHOS PARA O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	176
Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon	
O DIREITO COMPARADO NO STF: INTERNACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	194
Carlos Bastide Horbach	
THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY SCHOLARSHIP: OVERCOMING NEGLIGENCE THROUGH THE GLOBAL EXPANSION OF HUMAN RIGHTS	212
Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Vinícius Machado Calixto	
OPORTUNIDADES E DESAFIOS DAS TWAIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO A PARTIR DE PERSPECTIVAS DOS POVOS INDÍGENAS AO DIREITO INTERNACIONAL.....	227
Fernanda Cristina de Oliveira Franco	
POR QUE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO? DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO NO BRASIL.....	246
Gustavo Ferreira Ribeiro e Jose Guilherme Moreno Caiado	
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL.....	263
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO.....	284
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
LOOKING FOR A BRICS PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL LAW	304
Gabriel Webber Ziero	
A INFLUÊNCIA DO DIREITO DESPORTIVO TRANSNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA REPRODUÇÃO DE NORMAS À APLICAÇÃO DIRETA PELA JURISDIÇÃO ESTATAL.....	324
Tiago Silveira de Faria	
CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	342
Alexander Perazo Nunes de Carvalho	

NATIONAL JUDGES AND COURTS AS INSTITUTIONS FOR GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE	356
Juízes e tribunais nacionais como instituições para a governança global.....	356
Camilla Capucio	
IS TRADE GOVERNANCE CHANGING?	371
Alberto do Amaral Júnior	
OS FUNDOS ABUTRES: MEROS PARTICIPANTES DO CENÁRIO INTERNACIONAL OU SUJEITOS PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL?	384
Guilherme Berger Schmitt	
SHAREHOLDER AGREEMENTS IN PUBLICLY TRADED COMPANIES: A COMPARISON BETWEEN THE U.S. AND BRAZIL	402
Helena Masullo	
REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL: DA RESISTÊNCIA AOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO À EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO REGULATÓRIO	421
Fabio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior	
DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS DISTINTAS FORMAS DE PRESTAÇÃO TECNOLÓGICA: BREVE ANÁLISE DO MARCO REGULATÓRIO INTERNACIONAL	449
Daniel Amin Ferraz	
REDEFINING TERRORISM: THE DANGER OF MISUNDERSTANDING THE MODERN WORLD’S GRAVEST THREAT	464
Jennifer Breedon	
AS EXECUÇÕES SELETIVAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES TERRORISTAS	485
Alexandre Guerreiro	
INTERNATIONAL CRIMINALS AND THEIR VIRTUAL CURRENCIES: THE NEED FOR AN INTERNATIONAL EFFORT IN REGULATING VIRTUAL CURRENCIES AND COMBATING CYBER CRIME	512
Joy Marie Virga	
CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL ORGANIZADA EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR: ¿HACIA UN DERECHO PENAL REGIONAL?	528
Nicolás Santiago Cordini e Mariano Javier Hoet	

RUMO À INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE: DOS ECOCRIMES AO ECOCÍDIO 541

Kathia Martin-Chenut, Laurent Neyret e Camila Perruso

ENGAGING THE U.N. GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS & THE EXTRACTIVE SECTOR 571

Cindy S. Woods

O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....590

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE DE DIREITOS HUMANOS: CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A LEI DE ANISTIA 612

Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior

A CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIVRE RESIDÊNCIA NO MERCOSUL SOB A PERSPECTIVA TELEOLÓGICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS DOS ACORDOS DE RESIDÊNCIA 631

Aline Beltrame de Moura

A FUNCIONALIZAÇÃO COMO TENDÊNCIA EVOLUTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO AO REGIME LEGAL DO BANCO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL 650

Antonio Henrique Graciano Suxberger

O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI EM MOÇAMBIQUE 667

Bernardo Fernando Sicoche

OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR: PARA ALÉM DA LEX FORI E LEX DILIGENTIAE.....685

André De Carvalho Ramos

A SLIGHT REVENGE AND A GROWING HOPE FOR MAURITIUS AND THE CHAGOSSIANS: THE UNCLOS ARBITRAL TRIBUNAL'S AWARD OF 18 MARCH 2015 ON CHAGOS MARINE PROTECTED AREA (MAURITIUS V. UNITED KINGDOM).....705

Géraldine Giraudeau

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA UCRÂNIA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA QUEDA DO VOO DA MALAYSIA AIRLINES (MH17).....728

Daniela Copetti Cravo

NATUREZA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL739

Pedro Ivo Diniz

A INFLUÊNCIA DA SOFT LAW NA FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL.....767

Leonardo da Rocha de Souza e Margareth Anne Leister

AS COMPLICADAS INTER-RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS INTERNOS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO785

José Adércio Leite Sampaio e Beatriz Souza Costa

NORMAS EDITORIAIS.....803

Economic analysis of international law

Michele Alessandra Hastreiter**

Luís Alexandre Carta Winter***

RESUMO

O objetivo deste artigo é demonstrar como o método da análise econômica do Direito (AED) pode ser empregado para auxiliar a compreensão do Direito Internacional Público. Para tanto, inicia-se investigando possíveis razões para a resistência que o método tem tido por parte de estudiosos do Direito Internacional. Na sequência, passa-se à análise dos pressupostos da AED – a escassez de recursos, a racionalidade econômica, a resposta a incentivos e eficiência - exemplificando maneiras de empregá-los para análise de questões específicas de Direito Internacional. Por fim, faz-se uma breve consideração acerca das preocupações com a justiça – valor axiológico que não pode ser esquecido na busca pela eficiência. Conclui-se que a AED pode ser uma ferramenta útil à compreensão do Direito Internacional e de seus institutos, razão pela qual deveria ser utilizada com mais frequência por estudiosos da disciplina.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito; Direito Internacional Público; Teoria da Escolha Racional; Incentivos; Eficiência.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate how Economic Analysis of Law can be used to improve the understanding of International Law. At first, it starts investigating possible reasons for resistance on the economic method by scholars of International Law field. After that, it analyses the application of economics' assumptions – such as the scarcity of resources, economic rationality, incentives and efficiency – on examples of International Law problems. Finally, it presents a brief account of concerns with justice – the main axiological value of Law, that cannot be forgotten in the pursuit of efficiency. As conclusion, the Economic Analysis of Law can be a useful tool for understanding International Law and its institutions, which is why it should be more frequently used by scholars of the discipline.

Keywords: Economic Analysis of Law; International Law; Rational Choice; Efficiency; Incentives.

* Recebido em 29/10/2015
Aprovado em 13/01/w2016

** Michele Hastreiter é Advogada. Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E professora da UNICURITIBA.

*** Luís A. C. Winter é Doutor pela USP. Professor do PPGD da PUCPR. Professor titular da PUCPR; UNICURITIBA e da FAMEC. Coordenador do NEADI. Emails: michele.hastreiter@gmail.com eluisalexandrecartawinter@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

A análise econômica do Direito (AED) é um método de análise da ciência Jurídica com crescente relevância. No entanto, embora seja amplamente difundido em outras searas, seu emprego ainda é incipiente no Direito Internacional. Este artigo tem como objetivo demonstrar que as ferramentas e conceitos do método econômico podem ser úteis à disciplina. Em especial, algumas das características definidoras do Direito Internacional Público fazem dele um ramo em que os pressupostos econômicos encontram especial pertinência.

O Direito Internacional Público é um ramo do Direito que emerge com base na cooperação entre Estados Soberanos e na ausência de uma autoridade central. As razões para a formação de estruturas complexas de cooperação, por meio de regras deste ramo do Direito, sem que haja um governo mundial forçando os países a cooperarem entre si, é uma questão que sempre intrigou os estudiosos da disciplina. Ao se considerar Estados soberanos como agentes racionais – conforme definição da racionalidade econômica autointeressada –, todas as suas decisões podem ser analisadas com a ajuda dos pressupostos de tomada de decisão da AED. Isto inclui as decisões de Direito Internacional Econômico, de modo especial – já que o ramo segue a lógica econômica por si só – mas também pode auxiliar a compreensão de certos institutos de Direitos Humanos, de Direito Internacional Ambiental, normas sobre Relações Diplomáticas e Consulares, questões acerca do Direito Internacional do Trabalho, entre outros. Em suma, ao se compreender a AED como um método para a análise de escolhas, toda e qualquer decisão pode ser medida em função de seus postulados. Seguindo a corrente voluntarista do Direito Internacional Público, a adesão às suas regras e previsões nada mais é do que uma decisão – livre e soberana –, sendo plenamente cabível, portanto, o emprego da análise.

A AED empregada neste estudo não pressupõe que os objetivos da norma sejam sempre econômicos, nem mesmo pretende sustentar que os objetivos econômicos possam ser o fundamento último do Direito. Não há dúvidas de que a ciência jurídica pauta-se em fundamentos de natureza axiológica, e a busca pela justiça – qualquer que seja o conceito de justiça empregado – emerge como uma preocupação central. Isso não contradiz, no entanto, a pertinência da AED, já que ela constrói um método de pensamento que permite medir a capacidade da norma de atingir os seus resultados, quaisquer que

sejam eles. Dessa forma, a definição dos objetivos do Direito é questão política que precede à decisão dos Estados racionais de se engajarem em negociações para formação de normas de Direito Internacional. A AED é ferramenta importante, porém, para prever a capacidade das instituições criadas de atingir estes objetivos, ou ainda para mensurar, antes da redação de um determinado Tratado, o tipo de estrutura da norma internacional que facilitaria o alcance dos objetivos propostos.

O presente artigo, portanto, visa elucidar os pressupostos do método econômico, demonstrando como ele pode ser aplicado ao estudo do Direito Internacional. Para tanto, inicia-se com considerações acerca do emprego do método à análise do Direito Internacional Público, levando em conta as peculiaridades da disciplina. Posteriormente, discorre-se sobre cada um dos pressupostos da AED (escassez de recursos, racionalidade econômica, incentivos e eficiência), exemplificando a aplicabilidade de cada um ao Direito Internacional Público. Ao final, espera-se ter contribuído para a difusão do método na análise do Direito Internacional, de tal forma que estudos futuros possam utilizar de seus pressupostos para avaliar normas internacionais específicas.

2. O EMPREGO DO MÉTODO DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO INTERNACIONAL

A economia é a ciência das escolhas humanas¹. A análise econômica é uma análise de escolhas – e, assim, as teorias econômicas que servem para explicar o processo de tomada de decisão podem ser úteis em outras searas – seja, por exemplo, na política, na sociologia ou no Direito². A análise econômica do direito (AED) consiste na aplicação do “instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento”³. Trata-se, portanto, da análise do Direi-

1 COASE, Ronald. **The firm, the marked and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 1.

2 COASE, Ronald. **The firm, the marked and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 3

3 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.uecb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 18.

to realizada através de métodos econômicos⁴.

Embora a AED esteja ganhando espaço nos debates jurídicos desde a década de 1970⁵, o Direito Internacional manteve-se alheio ao método até os primeiros anos do Século XXI, quando alguma bibliografia sobre o assunto começou a ser produzida⁶. Trata-se de uma resistência curiosa, até mesmo porque no estudo das Relações Internacionais - disciplina estreitamente relacionada ao Direito Internacional - a utilização do método econômico e de muitos de seus pressupostos já está há tempos incrustada nos debates entre suas diferentes correntes teóricas⁷. Em verdade, tanto o realismo⁸ quanto o liberalismo⁹ se interconectam diretamen-

te com as ideias e métodos econômicos, aplicando há muito tempo a analogia das relações internacionais com mercados competitivos e utilizando-se de ferramentas como a Teoria dos Jogos (e em especial, o Dilema do Prisioneiro¹⁰) para a análise das estratégias internacionais¹¹. Pode-se dizer, assim, que a resistência do Direito Internacional em utilizar do método econômico não se justifica e pode ser atribuída a confusões e preconceitos quanto ao método que merecem esclarecimento.

Por uma questão de escolha de critério¹², entende-se o Direito Internacional Público como a disciplina jurídica que rege as relações entre os Estados e os demais sujeitos de Direito Internacional. É importante destacar, porém, que, apesar de regular o comportamento dos sujeitos – e, por isso, atender ao propósito fundamental do Direito, que é o de regular os comportamentos nas sociedades humanas¹³ (tal qual o famoso brocardo latino *Ubi societas, ibi ius*) –, o Direito Internacional difere do Direito doméstico em muitos aspectos¹⁴: nele,

4 A interconexão entre Direito e Economia pode ser classificada em dois grupos: a abordagem conhecida como “Direito e Economia” tem em Ronald Coase o seu expoente e tem seu foco principal nos problemas econômicos, considerando o Direito e as instituições na medida em que elas afetam as atividades econômicas; a análise econômica do Direito, por sua vez, centra-se no Direito, definindo o uso do instrumental econômico como um método pelo qual o Direito pode ser analisado. A análise econômica do Direito foi “inventada” por Richard Posner, em 1970. Além dele, Guido Calabresi é também um importante nome na análise econômica do Direito. A contribuição dos três autores é vista como relevante para uma análise interdisciplinar de Direito e Economia e, sobretudo, para o estudo do Direito sob o enfoque do método econômico. Cf. MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni B. Consent, Choice and Guido Calabresi's heterodox economic analysis of law. **Law and Contemporary Problems**, v. 77, n. 97, p. 97-116, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4400&context=lcp>. Acesso em: 15 nov. 2014.

5 O trabalho considerado fundador da análise econômica do Direito é o de Richard Posner. (POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014).

6 POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic Foundations of International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 12.

7 Sobre as correntes teóricas de Relações Internacionais, ver em: CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012; SALDANHA, Eduardo. **Teoria das Relações Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2005.

8 Uma das primeiras teorias explicativas das relações internacionais – o realismo – parte da premissa do Estado como um ator que busca racionalmente a maximização de seu poder. Não obstante, a teoria enfoca majoritariamente questões de segurança e acaba concluindo que a cooperação internacional é muito difícil e que o Direito Internacional não influencia a conduta dos estados. Cf. COSTA, José Augusto Fontoura. Do GATT à OMC: a perspectiva neoliberal institucionalista. **Universitas: Relações Internacionais**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 25-53, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1413>. Acesso em: 19 dez. 2014; STEIN, Arthur. **Why nations cooperate: circumstances and choice in international relations**. New York: Cornell University Press, 1990. p. 6; GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 18.

9 As escolas liberais de Relações Internacionais defendem a ex-

istência de outras forças pulverizadas no interior e exterior dos Estados que exercem um papel nas Relações Internacionais (como as empresas transnacionais e os investidores estrangeiros, por exemplo) e partem da pressuposição da racionalidade, porém de forma mais flexível do que os realistas. Mais sobre isto, ver em: CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012 e COSTA, José Augusto Fontoura. Do GATT à OMC: a perspectiva neoliberal institucionalista. **Universitas: Relações Internacionais**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 25-53, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1413>. Acesso em: 19 dez. 2014. p. 27.

10 A história original do Dilema do Prisioneiro narra à situação de dois suspeitos de um crime que foram presos pela polícia e interrogados separadamente. A polícia não tem provas para condená-los, o que abre a possibilidade para que um deles confesse e, com isso, tenha uma pena mais leve, condenando o outro a pena maior. Porém, se ambos confessarem, serão condenados à pena máxima. Se nenhum dos dois confessar, adotando uma estratégia de cooperação, ambos teriam uma pena menor. O Dilema do Prisioneiro pode ser empregado de forma análoga aos Estados nas Relações Internacionais para explicar as vantagens da adoção de posturas cooperativas. Sobre isto, sugere-se a leitura de: AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. São Paulo: Leopardo Editora, 2010. p. 6.

11 STEIN, Arthur. **Why nations cooperate: circumstances and choice in international relations**. New York: Cornell University Press, 1990, p. 10-11.

12 ¹¹ São os critérios: sujeitos do direito internacional; objeto da norma internacional e o da forma de produção da norma internacional. PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**, 3a.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 26-31.

13 NASSER, Salem Hikmat. *Rule of law* e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

14 Neste sentido, Hans Kelsen chama o Direito Internacional de

inexiste uma autoridade central e superior – tal qual um governo mundial; tampouco, há poder legislativo constituído ou uma única estrutura judiciária coesa, nem sequer um poder dotado de força e coerção responsável por implementar e aplicar o Direito¹⁵. Nesse sentido, muitos teóricos juspositivistas negavam o caráter jurídico do Direito Internacional¹⁶, uma vez que, para eles, o Direito necessariamente emanaria do Estado.

Não é cabível criticar esse posicionamento, hoje não mais em voga e notavelmente equivocada¹⁷. É bem verdade, porém, que a AED é movimento que se filia ao positivismo, o que pode ser uma das razões pelas quais os estudiosos do Direito Internacional tenham resistido a ela¹⁸. Ocorre que, quando se afirma que a AED é

positivista, o positivismo a que se está referindo é o positivismo científico de Augusto Comte, e não o juspositivismo jurídico. A AED é positivista na medida em que dá ênfase ao empirismo – ainda que esta análise sirva para o desenvolvimento de críticas normativas¹⁹. Como destacado por Ivo Gico Júnior, o propósito da AED é adotar um método científico lógico e empiricamente verificável (como defendia o positivismo de Comte), sem, contudo, “adotar a postura xenófoba e hermética que afastou o juspositivismo do Positivismo filosófico e eliminou o diálogo entre o Direito e as outras ciências”²⁰ durante o período em que este pensamento esteve em voga.

Em verdade, a ausência de um poder central no Direito Internacional apenas reforça a pertinência da AED à disciplina, posto que o método mostra-se especialmente útil quando as decisões dos agentes são tomadas em um contexto mercadológico. Ao contrário das situações de contexto hierárquico, que são regidas por regras de comando, as relações regidas em um contexto de mercado caracterizam-se pela livre interação dos agentes, que barganham entre si²¹. O mercado consiste em um mecanismo de realização de trocas que, a princípio, não é controlado por qualquer dos agentes individualmente, mas sim o resultado de interações espontâneas entre eles²². De modo geral, pode-se dizer que as relações internacionais em muito se assemelham aos mercados privados²³. Assim como os mercados, o sistema internacional é formado pela interação de agentes

“ordenamento jurídico primitivo”. Ver em: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 183.

15 NAS NASSER, Salem Hikmat. *Rule of law* e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

16 O posicionamento de Herbert Hart destaca-se nesse sentido. O autor afirma que o Direito se constitui com base nas regras primárias (que determinam deveres e obrigações) e regras secundárias (que atribuem poderes – como o de alteração – no qual um corpo de indivíduos pode introduzir novas regras primárias – e de julgamento ou adjudicação – que concede poderes aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade acerca da violação de regras primárias). O autor, então, sustenta, no tocante ao Direito Internacional, que, “embora seja compatível com os usos dos últimos 150 anos, a utilização aqui da expressão ‘direito’, a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas tem inspirado desconfianças, pelo menos no espírito dos teorizadores do direito. A ausência dessas instituições significa que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta, apenas, de regras primárias de obrigação, a qual, quando as descobrimos nas sociedades de indivíduos, nos acostumamos a contrastar com um sistema jurídico desenvolvido. É, na verdade, sustentável, como iremos demonstrar, que o Direito Internacional não só não dispõe de regras secundárias de alteração e de julgamento que criam um poder legislativo e tribunais, como ainda lhe falta uma regra de reconhecimento unificadora que especifique as fontes do Direito e que estabeleça critérios gerais de identificação de suas regras. Essas diferenças são na verdade flagrantes e a questão ‘é o Direito Internacional realmente Direito?’ não pode ser posta de lado.” (Cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 230).

17 Basta que se note que a lei que advém do Processo Legislativo é apenas uma das fontes do Direito até mesmo no direito interno e as normas jurídicas podem advir de costumes, do exercício da autonomia privada manifesto por contratos, de princípios gerais, entre outros (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 143).

18 DUNOFF, Joffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, p. 7.

19 DUNOFF, Joffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, p. 7.

20 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 11-12

21 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 22.

22 SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 179-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014. p. 184.

23 DUNOFF, Joffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, p. 10.

autointeressados – em grande maioria, os Estados - que negociam entre si em um ambiente sem hierarquia.

Afirmar que as relações internacionais se assemelham a mercados privados não significa – frise-se – paular as relações internacionais nos valores de mercado e desvinculá-las da moral, como a crítica de Michael Sandel²⁴ sobre os limites morais do mercado indicou. Em verdade, afirmar que uma determinada troca ocorre em um ambiente de mercado não significa que essa troca deva ter sido feita considerando valores pecuniários, desvalorizando qualquer característica intrínseca do bem barganhado²⁵. Ao contrário, como bem sustentou Ivo Gico Júnior²⁶, a referência ao mercado na jusseconômica significa, simplesmente, uma delimitação do contexto social no qual os agentes tomam as decisões de forma livre, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação. Trata-se de um ambiente que difere de um contexto hierárquico, onde existem regras de comando que limitam e conduzem os agentes. Os ativos transacionados pelos Estados em um contexto mercadológico são bastante peculiares às relações internacionais: em vez de bens ou serviços, os Estados negociam componentes de poder²⁷. Isso, contudo, não invalida a lógica mercadológica destas transações.

Para formalizar as negociações realizadas, a analogia das relações entre Estados com uma relação de mercado pode ser estendida, comparando os tratados internacionais com contratos²⁸. Os tratados internacionais são a principal fonte de Direito Internacional – e eles possuem muitas características semelhantes aos contratos. Assim como os contratos, os tratados também são fon-

tes de direitos e obrigações entre as partes – e apenas entre as partes; além disso, ambos têm seu fundamento de validade no acordo de vontade entre as partes celebrantes²⁹.

Percebe-se, assim, a pertinência da analogia – que, naturalmente, não é perfeita. Há importantes diferenças entre as relações entre Estados e as de mercado, a começar pelas peculiaridades dos interesses estatais – como será enfocado quando da análise da racionalidade dos Estados. O que se nota, porém, é que o Direito Internacional, tal qual o Direito doméstico, carece de teorias explicativas baseadas em metodologia de estrutura analítica mais consistente³⁰, razão pela qual a AED pode auxiliar a suprir esta dificuldade. Neste mesmo sentido, defende Jeffrey L. Dunoff e Joel P. Trachtman³¹, que afirmam que o Direito Internacional “tem combinado uma cuidadosa descrição doutrinária, mostrando o Direito como ele é, com prescrições infundadas para concluir como o Direito deveria ser” – problema este que pode ser mitigado com o emprego da AED.

Outra possível razão pela qual a pesquisa em Direito Internacional tem resistido à AED decorre de uma associação do método com correntes econômicas conservadoras e libertárias, que consideram os valores de mercado acima de qualquer outro valor³². Trata-se de uma associação equivocada, já que compactuar dessa ideologia não é um pré-requisito para o uso do método econômico na análise do Direito e não é verdade que nenhuma consideração moral tem espaço na AED. É bem verdade que o Direito é uma conjugação indissociável entre fato, valor e norma³³ de tal forma que a aná-

24 SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 12.

25 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 23.

26 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 23.

27 SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 179-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014. p. 185

28 POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic Foundations of International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 29.

29 DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, p. 23

30 SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 179-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014. p. 180

31 “International legal scholarship too often combines careful doctrinal description – here is what the law is – with unfounded prescription: here is what the law should be.” DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, p. 2, tradução livre.

32 DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688. Acesso em: 22 out. 2014, passim.

33 REALE, Miguel. As três acepções fundamentais da palavra

lise jurídica não pode ocorrer em um vazio axiológico. No entanto, tampouco a economia é uma ciência alheia a preocupações de cunho ético: o caráter conscientemente não ético comumente atribuído à economia moderna é algo que contraria a própria natureza da ciência econômica, que, em sua origem histórica, foi concebida como um ramo da ética³⁴.

Portanto, utilizar a AED não significa desprezar considerações de cunho moral ou ético, mas sim refutar a perspectiva de que os resultados esperados de uma determinada regra serão atingidos, apenas, porque, assim, intuitivamente, acredita o operador do Direito. Como bem destacou Vinícius Klein³⁵, o que une os praticantes da AED é “o inconformismo com a visão de que uma análise jurídica presa a justificações formais abstratas e desatentas ao mundo real é suficiente para o enfrentamento dos problemas jurídicos”.

O uso da análise econômica do Direito, portanto, não significa um afastamento do direito ao seu objetivo de perseguição da justiça – muito embora muitas sejam as concepções de justiça possíveis. Ao contrário, Guido Calabresi³⁶ afirma que não há desculpas para a análise econômica do Direito eximir-se das considerações sobre justiça. Porém, como bem ressaltado por Ivo Gico Júnior³⁷, “para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, é necessário que antes sejamos capazes de responder à simples pergunta: a norma X é capaz de alcançar o resultado social desejado Y dentro de nosso arcabouço institucional?”. A interconexão entre Direito e Economia é importante no debate

sobre a justiça das instituições internacionais, portanto, já que permite trazer as consequências do fenômeno jurídico para o centro do debate, em razão do poder preditivo da análise econômica³⁸.

A análise econômica do Direito exige que sejam observadas certas premissas fundamentais: a escassez de recursos, a racionalidade autointeressada dos agentes, a existência de incentivos e o equilíbrio, ou eficiência, econômica. Por esse motivo, passa-se, agora, a uma análise sobre como cada uma destas premissas pode ser aplicada ao Direito Internacional.

3. A ESCASSEZ DE RECURSOS E A ESCOLHA RACIONAL DOS ESTADOS

A primeira premissa a ser destacada quando se enfoca a análise econômica do Direito é o fato de que, embora os desejos dos seres humanos sejam ilimitados, o mundo possui *recursos escassos* para realizá-los³⁹. Se não fosse a escassez de recursos, não haveria problemas ou escolhas econômicas, uma vez que todas as necessidades seriam satisfeitas – fossem elas quais fossem⁴⁰. Ivo Gico Júnior⁴¹ salienta que, neste contexto, sequer haveria conflito e o Direito seria desnecessário, já que as pessoas não precisariam competir para satisfazerem suas necessidades conflitantes em um mundo de recursos ilimitados.

No mundo real, porém, a escassez de recursos impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excluídas. Toda escolha gera um custo de oportunidade (tam-

Direito. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 44, p. 68-78, jan. 1949. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66108/68718>. Acesso em: 29 out. 2014. *passim*.

34 Neste sentido cabe a observação pertinente de Amartya Sen, destacando que até mesmo Adam Smith, o “pai da economia moderna”, foi professor de filosofia moral na Universidade de Glasgow. (SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 9).

35 KLEIN, Vinícius. Posner é a única opção? In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do Direito*: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 177.

36 CALABRESI, Guido. *The cost of accidents*: a legal and economic analysis. New Haven; London: Yale University Press, 1970. p. 25.

37 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 15.

38 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 out. 2014. p. 14.

39 PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência (problema agente-principal). In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do Direito*: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 98.

40 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 22.

41 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 22.

bém chamado de *trade off*), o qual pode ser definido como “a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida”⁴². Para escolher entre as opções possíveis, os indivíduos ponderam custos e benefícios de cada curso de ação – decidindo pela opção que atende melhor os seus interesses e, ponderando, inclusive, sobre os ganhos esperados na alternativa desprezada. Nesse contexto, Ivo Gico Júnior⁴³ afirma que a conduta dos agentes econômicos é *racional maximizadora* - isto é, os indivíduos tendem a agir de forma a maximizar suas utilidades, visando extrair o máximo de satisfação possível para si com o menor custo.

É importante destacar que o termo “utilidade” deve ser entendido como a satisfação extraída de uma dada escolha, sem necessariamente que tal conceito se restrinja a questões materiais, muito menos monetárias⁴⁴. Embora essa perspectiva comporte ressalvas que serão oportunamente endereçadas, a teoria econômica supõe que os agentes racionais escolherão sempre a alternativa que lhes proporcionar mais utilidade - isto é, satisfação - maximizando seus interesses, sem, contudo, fazer juízos de valor sobre que interesses são estes⁴⁵.

A racionalidade econômica mostra-se um dos conceitos de maior utilidade à análise do Direito Internacional, justamente por ser este um ramo do Direito que emerge sem que exista um Estado para impô-lo e que é composto por regras criadas pelos Estados para si mes-

mos, como resultado de um processo de cooperação⁴⁶. Douglas C. North⁴⁷, um dos grandes nomes da AED, já havia se questionado sobre as condições em que a cooperação voluntária pode existir sem a solução *hobbesiana* de um Estado coercitivo para obrigar os agentes a cooperarem. A perspectiva da escolha racional fornece uma resposta simples para esta questão, que também intrigou diversos juristas que se dedicam ao estudo do Direito Internacional⁴⁸.

Fato é que embora alguns teóricos tenham expressado ceticismo quanto ao Direito Internacional, pela ausência de governo mundial a conceder-lhe coercitividade, a regra do Direito Internacional é o seu cumprimento - e não sua violação - e, como afirmou Louis Henkin, “quase todas as nações observam quase todos os princípios de Direito Internacional e quase todas as suas obrigações na maior parte do tempo”⁴⁹. De acordo com os teóricos da escolha racional - que partem de uma perspectiva voluntarista do Direito Internacional⁵⁰ - os Estados conformam-se às suas normas e incorrem em custos para sua negociação e formulação porque entendem que este é o meio mais eficiente de atingir

42 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 22.

43 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 22.

44 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 27.

45 Richard Posner, neste sentido, destaca que a racionalidade não deve ser confundida com egoísmo, já que o bem-estar de outros pode ser parte da satisfação de certos indivíduos; tampouco deve ser confundida com o calculismo consciente, já que a racionalidade é medida por sua conformidade à escolha racional, que não se confunde com o estado mental do agente (até animais podem ser considerados racionais); ainda, a racionalidade não se confunde com a onisciência - já que não exige que os indivíduos tenham todas as informações possíveis para fazerem suas escolhas e admite que a capacidade das pessoas de processarem informações é limitada. (cf. POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014).

46 SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 179-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014. p. 182-183

47 NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 14.

48 Um bom resumo das diferentes explicações doutrinárias pode ser encontrado em: KOH, Harold Hongiu. Why do nations obey international law? **Yale law school faculty scholarship**. Disponível em: http://digitalcommins.law.yale.edu/fss_papers/2101. Acesso em: 31 dez. 2014.

49 “Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time”. (HENKIN, Louis *apud* KOH, Harold Hongiu. Why do nations obey international law? **Yale law school faculty scholarship**. Disponível em: http://digitalcommins.law.yale.edu/fss_papers/2101. Acesso em: 31 dez. 2014).

50 Há um debate antigo acerca do fundamento do Direito Internacional, que opõe, de um lado, os teóricos do Direito Natural e, de outro os que fundamentam a ordem internacional no consentimento dos membros da comunidade internacional, de forma voluntária. A esta segunda corrente nos filiamos. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: VERDROSS, Alfred. O fundamento do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 1-33.

os seus próprios interesses⁵¹. Goldshmit e Posner⁵² foram bastante assertivos neste sentido, afirmando que o “Direito Internacional surge a partir da ação racional dos Estados para maximizar seus interesses, tendo por base sua percepção dos interesses dos outros Estados e a distribuição de poder entre eles”. No mesmo sentido, assente Andrew Guzman⁵³, para quem os Estados não têm nenhuma predisposição a seguir o Direito Internacional – sendo que o farão apenas se entenderem que tal conduta maximizará os seus interesses.

A perspectiva dos Estados como agentes racionais pressupõe que os Estados são autointeressados – e conseguem identificar claramente os seus interesses (ou preferências estatais)⁵⁴, moldando suas escolhas de modo a satisfazê-los. Obviamente, a presunção do comportamento estatal como autointeressado – ou mesmo do comportamento humano como autointeressado – é uma simplificação. De fato, afirmar que os Estados são agentes autointeressados é uma afirmação que exige uma série de ressalvas. Joeest Pauwelyn⁵⁵ afirma que os Estados não perseguem um objetivo único, mas sim uma série de objetivos, como atender ao interesse público, defender certos valores ou ainda buscar poder geopolítico. Além disso, os Estados não são atores unitários e quando se enfoca toda a ampla gama de indivíduos que compõem um dado país, pode haver interesses conflitantes.

Robert Scott e Paul Stephan⁵⁶ sustentam que a noção dos Estados como formadores do Direito Internacional é uma abstração, já que os Estados são formados por pessoas e agem por meio de pessoas. A perspectiva

da escolha racional deve focar, então, a decisão dos representantes dos Estados, os quais podem, por vezes, ter incentivos para atender a interesses que não se alinham com os interesses dos Estados enquanto ente coletivo. Não obstante, estes representantes são submetidos a uma espécie de seleção natural em razão do escrutínio ao qual suas decisões são submetidas e “decisões ruins, não sempre, mas frequentemente, levam ao surgimento de novos líderes”⁵⁷. Ainda que, de forma simplificada, portanto, pode-se dizer que os Estados, por meio de seus representantes, dão forma ao Direito Internacional conforme percebem que, ao fazê-lo, satisfarão de forma mais adequada os seus interesses.

Ressalta-se, desde logo, que, embora se sustente que a escolha racional pode ser *uma* das explicações para a existência e efetividade do Direito Internacional, não se pretende neste artigo sustentar que a perspectiva da escolha racional é a única possível para compreendê-lo. Ao contrário, trata-se apenas de um modelo suficientemente plausível para justificar a análise do Direito Internacional através do método econômico. Nesse sentido, muitos pensadores denominados juseconomistas defendem que qualquer ramo do Direito pode ser avaliado em termos econômicos – do direito contratual ao constitucional, do direito ambiental ao direito de família – na medida em que envolvem a tomada de decisões feita por agentes⁵⁸. É fato, porém, que a aplicação da lógica econômica se mostra muito mais simples no enfoque do Direito Internacional Econômico e das regulações de comércio e investimentos estrangeiros, por exemplo, do que para uma análise do Direito Internacional Humanitário ou do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Qualquer que seja o ramo, porém, é de se ressaltar que o interesse a ser maximizado não precisa ser, necessariamente, econômico. Assim, ainda que se acredite que o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos possa ser explicado por uma difusão construtivista⁵⁹ de normas e valores compartilhados, a escolha

51 SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 179-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174>. Acesso em: 10 nov. 2014. p. 183

52 “International law emerges from states acting rationally to maximize their interests given their perceptions of the interest of other states and the distribution of state power” (GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric A. **The Limits of International Law**. New York: Oxford University Press. p. 3, tradução livre).

53 GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 17.

54 GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 17

55 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law: navigating between European Absolutism and American voluntarism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 74.

56 SCOTT, Robert E.; STEPHAN, Paul B. *The limits of Leviathan: contract theory and the enforcement of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 29.

57 “Bad choices result, not inevitably but frequently in new leaders”. (SCOTT, Robert E.; STEPHAN, Paul B. *The limits of Leviathan: contract theory and the enforcement of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 25).

58 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 18

59 Estes ramos talvez sejam melhor explicados pelo enfoque

de determinados arranjos (multilaterais, bilaterais ou regionais, por exemplo) ou de determinadas estruturas de proteção (com a possibilidade de reclamação direta pelos indivíduos em caso de violação, com tal possibilidade intermediada por uma Comissão Estatal ou apenas reconhecendo capacidade postulatória aos Estados) pode ser explicada em função de uma decisão racional emanada pelos Estados que os leva a crer que uma dada estrutura propiciará uma melhor difusão de tais valores compartilhados. Em outras palavras, a decisão racional dos agentes pode pressupor mais do que apenas objetivos egoísticos. Até mesmo o altruísmo pode, em última análise, ser compreendido em função da racionalidade econômica autointeressada⁶⁰.

Não obstante, a própria teoria econômica ressalva o postulado da racionalidade absoluta. Os teóricos da Nova Economia Institucional, por exemplo, embasam suas perspectivas na premissa de racionalidade limitada⁶¹. Isso significa que, conforme afirmou Douglass North, os indivíduos nem sempre possuem todas as informações necessárias para tomar a decisão que maximize o resultado de suas escolhas⁶², tampouco agem de forma absolutamente racional, sendo influenciados por

dado pelo construtivismo, teoria das Relações Internacionais que se baseia na ideia da existência de normas e valores compartilhados que moldam o comportamento dos Estados, mais do que apenas as relações de poder. Sobre o construtivismo, recomenda-se a leitura de CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012. Disponível em: http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Teoria_das_Relacoes_Internacionais_de_Thales_Castro.pdf. Acesso em 15 de dezembro de 2014.

60 Neste contexto, Douglas North (cf. NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 21) destacou que o altruísmo pode ser considerado como uma outra faceta da visão racional-maximizadora (o indivíduo altruísta obtém satisfação ao contribuir para o bem estar dos demais – e por isto, sua conduta altruísta é, em verdade, um meio para aumentar sua própria satisfação). Assim também pensa Richard Posner, quando afirma que o a satisfação (ou até mesmo a miséria) de um pode ser essencial para a satisfação do outro. (Cf. POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014).

61 O reconhecimento da limitação da racionalidade humana é questão enfocada por Márcia Carla Pereira Ribeiro, que destaca a assimetria informacional e as características inatas dos seres humanos como falhas de racionalidade que precisam ser ponderadas na análise econômica. Ver em: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 67.

62 NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 8.

ideologias e dogmas e por limitações em sua capacidade intelectual para processar, organizar e utilizar as informações de que dispõem⁶³.

Além disso, sem fugir dos postulados econômicos, é também possível questionar o autointeresse como única conduta racional possível. Amartya Sen⁶⁴, por exemplo, considerou um patente absurdo a rejeição de qualquer concepção de motivação ética como irracional. Para o autor:

A racionalidade da escolha é sobretudo uma questão de basear nossas escolhas – explícita ou implicitamente – em um argumento que podemos sustentar de forma reflexiva se o submetemos à análise crítica. O método da escolha racional, nessa visão, está fundamentalmente ligado a conformar nossas escolhas à investigação crítica das razões para fazê-las. As exigências essenciais da escolha racional referem-se a submetemos nossas escolhas – de ações bem como de objetivos, valores e prioridades – à análise arrazoada⁶⁵.

As vantagens do método econômico não recaem, portanto, em sua capacidade de descrever perfeitamente a racionalidade por trás de cada comportamento dos agentes individualmente tomados, mas sim na capacidade preditiva que o uso da racionalidade – de forma instrumental – pode proporcionar⁶⁶. Isto porque ainda que a maximização do autointeresse não seja *de fato* a forma pela qual os Estados sempre agem, não se pode deixar de notar que os Estados não estão completamente alienados desta percepção⁶⁷, e tais considerações são ponderadas na tomada de decisões estatais. Além disso, ainda que se adote uma concepção mais abrangente de racionalidade, como a sugerida por Amartya Sen, o

63 NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 20-25.

64 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 199.

65 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 193.

66 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 out. 2014. p. 19-20.

67 No mesmo sentido, afirma Amartya Sen, para quem o importante “não é a suposição de que as pessoas sempre agem de forma racional, mas a ideia de que as pessoas não estão completamente alienadas das exigências da racionalidade (mesmo que se enganem de vez em quando ou não consigam seguir os ditames da razão em todos os casos)”. (SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 191).

posicionamento da escolha racional continua sendo útil para mensurar a pertinência entre os meios escolhidos e os objetivos propostos em uma norma.

Assim, a despeito das importantes ressalvas quanto à racionalidade autointeressada dos Estados, pode-se dizer que eles criarão normas de Direito Internacional (assinando um Tratado, por exemplo) quando perceberem que estarão – de alguma forma – em uma situação melhor, fazendo parte dessa estrutura de cooperação do que ao se recusarem a participar. Isso implica, por decorrência lógica, uma cessão de poderes e liberdades em prol de um objetivo maior. Porém, após a assinatura dos tratados, sempre haverá a tentação de descumpri-lo – o que também é explicado pela Teoria Econômica.

A ferramenta do Dilema do Prisioneiro é útil para compreender esta estrutura: agindo de forma egoísta e autointeressada, é possível que os países alcancem resultados melhores em um primeiro momento do que ao mitigarem seus interesses individuais e cooperarem internacionalmente. No entanto, os atores internacionais não se relacionam uma única e isolada vez – como os prisioneiros acusados de um delito único da história original do Dilema do Prisioneiro. Em verdade, na sociedade contemporânea, suas relações tornam-se iteradas, o que os impulsiona a adotar estratégias cada vez mais cooperativas.

Para Robert Axelrod⁶⁸ a ameaça implícita de uma retaliação contra a traição do outro em uma interação futura funciona como um estímulo para que os agentes cooperem. No exemplo do Dilema do Prisioneiro original, se os dois prisioneiros encontram-se novamente, é provável que aquele que foi traído na interação anterior decida retaliar: nesse caso, ambos sairão prejudicados. Assim, a melhor estratégia, quando há a possibilidade de uma nova interação, é o estabelecimento de um ciclo ininterrupto de cooperação.

Ademais, as relações entre países possuem a peculiaridade de serem amplamente observadas por terceiros Estados, de tal forma que a adoção de uma estratégia adequada de cooperação é importante para a construção da reputação do país, o que afetará a escolha da estratégia dos demais em relacionamentos futuros⁶⁹. Além disso, os Tratados Internacionais também podem servir para alterar as recompensas, tornando uma

traição mais custosa, de modo que a cooperação vem a ser a melhor escolha. Assim, quando as relações são iteradas, os direitos estão bem estabelecidos, a punição para a detração é grande e os prejuízos reputacionais sensíveis, a possibilidade de cumprimento de Tratados cresce exponencialmente.

A existência de normas de Direito Internacional criadas prevalentemente pelos Estados e com graus variados de efetividade fazem com que as condutas dos agentes que atuam na sociedade internacional (Estados, organizações internacionais, indivíduos, empresas, organizações não governamentais, entre outros) sejam influenciadas pela existência deste arcabouço jurídico internacional. O papel das normas de Direito Internacional como influenciadora de determinados comportamentos pode ser analisado a partir de outro pressuposto da AED: agentes racionais respondem a incentivos.

4. INSTITUIÇÕES IMPORTAM: O PAPEL DO DIREITO ENQUANTO CRIADOR DE INCENTIVOS

Dando continuidade à análise de custos e benefícios realizadas pelos agentes econômicos para a tomada da decisão racional-maximizadora, tem-se que muitos são os fatores ponderados pelos agentes no cálculo preditivo de seus resultados. Estes fatores podem ser chamados de incentivos ou desincentivos para a adoção de um comportamento determinado. Assim, uma outra importante premissa da AED é a de que *as pessoas respondem a incentivos*⁷⁰.

A economia clássica restringia a análise dos custos de produção no cálculo decisório do agente econômico. Em outras palavras, considerava que o agente, ao optar por um determinado curso de ação, desconsiderava os custos em etapas de negociação, formulação e execução de contratos ou resoluções de disputas, por exemplo. Segundo Oliver Williamson⁷¹, tais fatores compõem os chamados custos de transação, e sua desconsideração pelas teorias econômicas clássicas era semelhante à des-

70 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 22.

71 WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contractation*. New York: The Free Press, 1985. p. 18-19.

68 AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

69 AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 140

consideração do atrito nos cálculos de Física realizados por estudantes da educação fundamental. Porém, tal qual um cálculo físico que desconsidera o atrito, um cálculo econômico que desconsidera os custos de transação leva a conclusões irreais. Um dos pontos fulcrais da aplicação do método econômico aos estudos do Direito despontou, portanto, quando a corrente teórica denominada Nova Economia Institucional (NEI) surgiu para suprir esta falha da economia clássica, estabelecendo que a decisão dos agentes é influenciada, também, pelos custos de transação.

O pensamento da NEI tem como precursor Ronald Coase, em seu texto *“The Problem of the Social Cost”*⁷². Nele, o autor abordou as chamadas externalidades: situações em que as ações de determinados agentes (especificamente, as empresas) produzem efeitos que transbordam o escopo de sua atividade, afetando negativamente terceiros – o que o autor chamou de “custo social”. Coase sugeriu, então, uma visão alternativa à que vinha sendo defendida por Arthur Cecil Pigou⁷³, para quem o modo adequado para lidar com as externalidades seria a intervenção estatal, atribuindo ao Estado o papel de corretor das escolhas individuais por meio de medidas de incentivo para as boas escolhas e de desincentivo para as que resultassem em efeitos negativos (ou na redução de bem-estar). Para Ronald Coase⁷⁴, as vantagens supervenientes da regulação governamental estavam sendo superestimadas e nem sempre levariam a solução mais eficiente. O autor acreditava que as partes envolvidas poderiam – sozinhas e mediante livre negociação – chegar à solução mais adequada para lidar com as externalidades, desde que as transações ocorressem sem custos, os direitos das partes estivessem bem definidos e os resultados das ações judiciais pudessem ser previstos com facilidade⁷⁵.

Com base nesse artigo - que se tornou um dos mais citados de todos os tempos tanto no Direito quanto na economia⁷⁶ - difundiu-se o chamado Teorema de Coase,

cujas formulação mais conhecida pode ser assim descrita “numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade deste bem”⁷⁷. Douglas C. North, nesse mesmo sentido, destaca a conclusão lógica emanada com base no Teorema: “quando há custos de transação, as instituições importam”⁷⁸.

Segundo Douglas C. North⁷⁹, as instituições são restrições criadas pelos seres humanos, que estruturam as relações humanas. Podem ser consideradas instituições as regras, leis, acordos, tratados e convenções, por exemplo. As instituições afetam os custos de transação em um dado sistema econômico, e por isto precisam ser consideradas na tomada de decisões feita pelos agentes. **É este o ponto fulcral da análise econômica do Direito:** por meio das regras jurídicas, criam-se incentivos ou desestimula-se o exercício de determinadas atividades, direcionando as escolhas dos indivíduos. Como bem destacou Bruno Salama⁸⁰ “as instituições importam, no fundo, porque os indivíduos e organizações reagem aos incentivos por elas criados”.

A percepção de que o Direito pode ser uma ferramenta de incentivos não é nova: o Direito Penal, por exemplo, parte do pressuposto de que, ao estabelecer suas penas, elevam-se os custos da prática de delitos e, portanto, a incidência de sua ocorrência tende a diminuir⁸¹. Por outro lado, outros ramos do Direito destinam-se a estimular certos comportamentos para que as pessoas o pratiquem, trazendo mais bem-estar à sociedade como um todo. A análise econômica do

cia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito:** uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71

77 KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito:** uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71

78 NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance.** New York: Cambridge University Press, 1990. p. 12.

79 NORTH, Douglass C. Economic Performance through Time. **American Economic Review.** American Economic Association, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994. p. 360.

80 SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglas North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. (Org.). **Estado de direito e o Desafio do Desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

81 POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic Foundations of International Law.** Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 18.

72 COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, article 9, 2008.

73 PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare.** Londres: Macmillan and CO. Limited, 1932.

74 COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, article 9, 2008. p. 15.

75 COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, article 9, 2008.

76 KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia

Direito permite ponderar quais as condutas que estão sendo induzidas por uma determinada norma – bem como auxilia o Direito a atuar, ao mesmo tempo, como um instrumento de estímulo a realização de transações benéficas e de mitigação das ações prejudiciais⁸².

Conceber o Direito Internacional como uma estrutura de incentivos é útil, em primeiro lugar, porque as regras de Direito Internacional vinculam os seus próprios formuladores – ou seja, os Estados signatários de um tratado, ao mesmo tempo em que elaboram suas regras, também estipulam a estrutura de incentivos que culmina em sua observância ou seu descumprimento. É de se notar, portanto, que a estrutura de incentivos que emerge a partir das regras de Direito Internacional se assemelha à solução proposta por Coase ao problema das externalidades: os agentes transacionam livremente entre si para chegar a um consenso sobre a melhor forma de lidar com as condutas de uns Estados que – direta ou indiretamente – afetam outros.

Tendo em vista os elevados custos de transação em uma disputa internacional, a definição prévia desta estrutura de incentivos é uma das razões pelas quais os Estados se envolvem em negociações internacionais. Ao considerarem descumprir um tratado firmado, os países terão que ponderar sobre os custos envolvidos nas punições que eles mesmos estipularam no instrumento firmado, nas retaliações permitidas pelo Direito Internacional e, ainda, no prejuízo reputacional incorrido pela quebra de uma estrutura de cooperação – o que pode prejudicar a capacidade dos países de realizar novas iniciativas de cooperação que lhe seriam úteis no futuro. Tais situações emergem como desincentivos à ruptura do acordo firmado. Não obstante, é importante compreender que a existência da regra de Direito Internacional é apenas um dos muitos incentivos que um Estado possui para agir de uma forma determinada – e a escolha dos Estados dependerá de vários fatores (além do Direito Internacional). Em alguns casos, como bem salientou Andrew Guzman⁸³, o Direito Internacional serve apenas como um pequeno incentivo para a adoção de um determinado comportamento.

82 SHAPIRO, Mário Gomes. Repensando a relação entre Estado e Direito: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. **Estado de Direito e o desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 225.

83 GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 15

É notório, também, que os incentivos ao cumprimento estabelecidos pelo Direito Internacional são propositadamente maiores em alguns casos do que em outros. Tome-se como exemplo a faculdade conferida por certos instrumentos internacionais para que atores privados (indivíduos ou empresas) acionem diretamente os instrumentos de solução de controvérsias, alegando o descumprimento de regras de direito material internacional. Na seara dos Direitos Humanos, apenas a Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece esta possibilidade de modo pleno⁸⁴. Por outro lado, quase todos os mais de 3.000 acordos bilaterais de investimentos existentes no mundo conferem ao investidor o direito de processar o Estado receptor do investimento em foros arbitrais internacionais por violações a regras de proteção da propriedade⁸⁵. A razão para esta diferença também pode ser compreendida em função da estrutura de incentivos que os acordos estabelecem.

Os acordos de investimento são quase que exclusivamente bilaterais – e a história desse ramo do Direito demonstrou enorme dificuldade nas negociações multilaterais sobre a matéria. Os Tratados de Direitos Humanos, por sua vez, são quase sempre multilaterais e com aspiração universal⁸⁶. A criação de uma estrutura muito rígida para proteção dos direitos humanos poderia ser um desincentivo à ampla adesão ao tratado, o que seria um objetivo preliminar deste ramo do Direito Internacional: como ainda existem discordâncias culturais acerca de quais os direitos humanos efetivamente devem ser garantidos, antes de demandar o cumprimento, é conveniente que o maior número de países concorde com os princípios de Direitos Humanos elencados nos instrumentos internacionais. Em outras palavras, para esse ramo do Direito Internacional, conseguir adesão universal aos seus postulados é o objetivo prioritário e, diante disto, punições muito altas para suas violações

84 Sobre o peticionamento individual às Cortes Regionais de Direitos Humanos, sugere-se a leitura de: GONTIJO, André Pires. Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o *amicus curiae* como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 7-25

85 Sobre os acordos bilaterais de investimentos estrangeiros, sugere-se a leitura de: MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n.1, 2014, p. 10-18; MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 32-36

86 GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 157

poderiam servir como desincentivo à adesão a tais instrumentos – razão pela qual são evitadas.

Não por acaso, o sistema europeu de Direitos Humanos é o mais avançado na possibilidade de reclamações diretas por indivíduos. As democracias europeias já cumprem, de modo geral, muito mais efetivamente com as obrigações previstas nas Convenções de Direitos Humanos, não incorporando obrigações muito maiores do que aquelas que já fazem parte de sua estrutura jurídica interna quando aderem a estes acordos. Os postulados defendidos como Direitos Humanos já estão arraigados em seus sistemas jurídicos internos e em seu arcabouço moral e cultural. Por isso, podem avançar um pouco mais ao estabelecer um meio de solução de controvérsias mais estruturado, permitindo reclamações individuais.

As negociações do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros englobam, por outro lado, menos Estados, o que lhes permitiria, em tese, pensar em uma estrutura mais apropriada às idiossincrasias de cada relação. Além disso, seu enfoque protetivo recai basicamente sobre as noções de direito de propriedade – que se tornaram bastante aceitas internacionalmente, especialmente após a derrocada do comunismo. Além disso, há incentivos para que os países concordem com um grau mais elevado de proteção ao investidor internacional: ao protegerem a propriedade estrangeira e os ativos dos investidores, os Estados esperam criar uma estrutura de proteção tal que induza o comportamento dos investidores internacionais também, estimulando-os a investir. Em verdade, os Acordos bilaterais de Proteção e Promoção Recíproca de investimentos estrangeiros só existem em razão da crença disseminada entre os países em desenvolvimento de que assinar esses acordos é um incentivo para o recebimento de capital estrangeiro em seu território⁸⁷. Caso tais regras fossem transpostas ao cenário multilateral, se perderia a sensação de criação de uma vantagem comparativa ao assinar acordos de investimento. Isso explica porque o multilateralismo foi uma estratégia fracassada neste âmbito do Direito Internacional.

O que se nota, portanto, é que o Direito Interna-

cional pode servir tanto para incentivar seus próprios formuladores a agirem em uma direção determinada quanto para a criação de uma estrutura de incentivos que impulse a conduta de terceiras partes, com vistas à obtenção de benefícios pelos Estados signatários. Compreender quais os incentivos criados por uma regra de Direito Internacional é, portanto, mais um dos benefícios da aplicação do método da AED à disciplina.

5. EFICIÊNCIA ECONÔMICA E ROMPIMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Nos contextos em que a interação dos agentes é livre – ou seja, em um contexto de mercado (como, conforme já se destacou, é o cenário internacional) –, a AED pressupõe que os agentes transacionarão entre si até que os custos de cada troca se igualem aos benefícios auferidos, hipótese na qual há uma situação de *equilíbrio*, em que todos os desperdícios envolvidos na troca foram eliminados. Diz-se que, quando o equilíbrio foi alcançado, está-se diante de um resultado *eficiente*, conforme o critério chamado de “Ótimo de Pareto”⁸⁸.

O Ótimo de Pareto não foi inicialmente desenvolvido para focar as instituições, mas sim a distribuição de recursos em sistemas produtivos⁸⁹. Assim, uma determinada forma de organizar a produção seria considerada eficiente quando não fosse possível produzir mais de um determinado bem sem produzir menos de outro bem. Aplicando essa mesma fórmula às instituições, tem-se que uma determinada configuração será considerada eficiente quando não for possível modificá-la para melhorar a condição de algumas pessoas sem que, para isso, outras pessoas fiquem em uma situação pior⁹⁰.

Ocorre que, para que o critério paretiano de eficiência pudesse ser atingido, a capacidade de negociação das partes deveria ser ilimitada: ou seja, as partes conseguiriam negociar de forma perfeita, prevendo todas as contingências

88 O Ótimo de Pareto é assim chamado porque é o critério de eficiência econômica defendido por Vilfredo Pareto em seu livro “Manual de Economia Política”. (Cf. DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 40).

89 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard College, 1999. p. 66.

90 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard College, 1999. p. 66.

87 Sobre a decisão dos países assinarem acordos bilaterais de investimento, ver em GUZMAN, Andrew. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, n. 639, p. 639-688, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176003. Acesso em: 4 nov. 2014.

possíveis e sem que houvesse a possibilidade de circunstâncias imprevisíveis alterarem o combinado. Naturalmente, não é este o cenário das negociações internacionais. Isto faz com que os Tratados Internacionais precisem ter uma flexibilidade mínima para que possa ser ajustados à uma eventual mudança de circunstâncias. Por outro lado, flexibilidade demais pode levar a um enfraquecimento das obrigações assumidas – razão pela qual um adequado equilíbrio precisa ser encontrado⁹¹.

Ademais, pelo critério paretiano de eficiência, há uma grande dificuldade para a propositura de mudanças (legislativas ou de políticas públicas, por exemplo), já que dificilmente estas mudanças são neutras - e sempre haverá perdedores ou vencedores. Assim, o critério de Pareto, quando aplicado ao Direito, precisa ser complementado por outra métrica da eficiência, o chamado critério de *Kaldor-Hicks*, que defende que haverá eficiência nas trocas econômicas ainda que haja vencedores e perdedores – desde que os primeiros possam compensar os segundos⁹².

Em outras palavras, um Tratado será eficiente quando os vencedores ganham mais do que os perdedores perdem. Mesmo o critério de *Kaldor-Hicks* não está isento de críticas, mormente no tocante as considerações de justiça, por vezes ignoradas na análise da eficiência. De fato, não há qualquer garantia de que situações consideradas eficientes serão, também, justas. Não obstante, a ineficiência sempre gera injustiça⁹³, o que justifica a preocupação em eliminá-la com o auxílio da AED.

Em outras palavras, se alguém pode melhorar sua situação sem piorar a situação de ninguém, deve poder fazê-lo e o Direito deve criar mecanismos para isso. Diretamente relacionado a esse debate, está a teoria do “rompimento eficiente”, presente na análise econômica

dos contratos e que também pode ser transposta para o Direito Internacional. O rompimento eficiente ocorre quando as circunstâncias fazem com que os ganhos de se romper um acordo sejam maiores do que os de cumpri-lo e relaciona-se intimamente com os conceitos de eficiência de Pareto e de *Kaldor Hicks*.

Pela lógica paretiana, a eficiência seria atingida no “momento exato de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar os demais”⁹⁴. O critério de *Kaldor Hicks* flexibiliza tal situação ao afirmar que, quando os ganhos gerais forem superiores, a parte que ganha mais deve compensar o perdedor de modo a manter a eficiência. Aplicando o critério ao rompimento eficiente dos tratados internacionais, tem-se que seria possível aos países violarem acordos firmados desde que as outras partes fossem compensadas pelo prejuízo sofrido. Ao admiti-lo, os Tratados Internacionais adquiririam a necessária flexibilidade quanto à mudanças de circunstâncias, em razão da supramencionada dificuldade para a elaboração de Tratados com a garantia da eficiência paretiana. Essa ideia parte do pressuposto de que um Tratado Internacional não é sacrossanto, e só deve ser cumprido quando o seu cumprimento é o caminho mais benéfico a todas as partes envolvidas.

A possibilidade de aplicação do rompimento eficiente ao Direito Internacional não é, contudo, aceita sem ressalvas. De modo geral, tem-se que autores fundados na perspectiva voluntarista tendem a aceitá-lo, ao passo que os teóricos de inspiração jusnaturalista são muito resistentes a aplicá-lo. Joost Pauwelyn⁹⁵ comparou essas duas perspectivas, percebendo uma prevalência dos juristas da primeira corrente entre os norte-americanos (razão pela qual rotulou a corrente de “voluntarismo americano”) e da segunda corrente entre os europeus (intitulando o pensamento de “absolutismo Europeu”). Em seu trabalho, o autor classificou as regras de Direito Internacional conforme um trabalho clássico da AED formulado por Guido Calabresi e Douglas Melamed⁹⁶,

91 AAKEN, Anne Van. *International Investment Law and Rationalist Contract Theory*. Disponível em: <http://ijl.org/courses/documents/2009Colloquium.Session2.Aaken.pdf> Acesso em 26 de dezembro de 2015.

92 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 out. 2014. p. 24.

93 As situações que são Pareto-ineficientes necessariamente serão também injustas, já que se alguém pode melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, deve poder fazê-lo. Ver em: GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>. Acesso em: 21 out. 2014. p. 23

94 DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é análise econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 40.

95 PAUWELYN, Joost. *Optimal protection of international law: navigating between European Absolutism and American voluntarism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 32.

96 CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral (1972). *Faculty Scholarship Series*, Paper 1983. Dis-

que categorizaram as diferentes formas de assegurar direitos⁹⁷ pelo Estado. Existiriam assim direitos inalienáveis (que não podem ser livremente transacionados), direitos de propriedade (os quais podem ser negociados e transacionados, desde que com o consentimento do proprietário) e regras de responsabilidade ou *liability* (na qual o direito pode ser apropriado por qualquer pessoa, desde que se disponha a indenizar o anterior titular do direito, ora desapropriado)⁹⁸.

Na perspectiva europeia, todo o Direito Internacional seria composto por regras de direito inalienáveis – o que se coaduna com a própria origem da disciplina, no pensamento de Hugo Grotius, para quem o Direito Internacional correspondia ao direito natural⁹⁹. O voluntarismo americano, por sua vez, convencido da perspectiva da escolha racional dos estados em formarem o Direito Internacional, levaria à crença de que o seu cumprimento ocorreria apenas e tão somente quando fosse esta a melhor estratégia, após uma análise de custo-benefício feita pelos Estados. Dessa forma, as normas de Direito Internacional seriam apenas e tão somente regras de *liability*.

Assim, enquanto para os autores baseados no absolutismo europeu, as considerações sobre o rompimento eficiente seriam tidas como imorais, para os voluntaristas americanos, o rompimento eficiente seria não apenas plenamente admitido, como também recomendável, já que aumentaria o bem-estar de todos sem deixar ninguém em uma situação pior¹⁰⁰.

ponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers. Acesso em: 15 nov. 2014.

97 Os autores usam a expressão “entitlements” ao invés da expressão “rights”, uma vez que o objetivo da análise era o de discernir diferentes tipos de direitos baseados na proteção concedida pelo Estado. A diferenciação entre os termos, contudo, se perde na tradução para o português.

98 Em relação aos direitos considerados inalienáveis ou protegidos por regras de responsabilidade, exige-se uma maior intervenção estatal (seja na defesa destes direitos que não podem ser transacionados nem mesmo com a autorização de seus titulares, seja para determinar montantes indenizatórios apropriados para os direitos assegurados apenas por regras de responsabilidade), ao passo que os direitos de propriedade admitem a livre-transação. (CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral (1972). **Faculty Scholarship Series**, Paper 1983. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers. Acesso em: 15 nov. 2014, passim).

99 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law**: navigating between European Absolutism and American voluntarism. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 32.

100 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international**

De modo geral, porém, pode-se dizer que nem o voluntarismo americano, nem o absolutismo europeu são capazes de explicar o Direito Internacional como um todo. Há normas com diferentes graus de obrigatoriedade no Direito Internacional contemporâneo – e, portanto, a teoria do rompimento eficiente não pode ser aplicada de modo despreocupado em toda a disciplina.

De fato, ao categorizar as normas de Direito Internacional em função de sua obrigatoriedade, Pauwelyn¹⁰¹ afirma que, em geral, as obrigações de Direito Internacional não podem ser consideradas inalienáveis: os Estados negociam os tratados que assinam e, portanto, transacionam sobre os direitos que tais instrumentos preveem. Mesmo após a celebração dos tratados, os acordos não são escritos em pedra e podem ser alterados, renegociados, ou denunciados. A exceção seriam as chamadas normas de *jus cogens*, definidas pela Convenção de Viena como “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”¹⁰². Tais normas poderiam ser classificadas como inalienáveis e, portanto, insuscetíveis de serem descumpridas de modo justificado, nem mesmo sob supostas alegações de eficiência. Não obstante, elas também podem ser modificadas por normas posteriores da mesma natureza, o que, apesar de dificultar, não elimina por completo a possibilidade de serem objeto de transações.

Por outro lado, a Convenção de Viena também prevê expressamente o princípio do *pacta sunt servanda*, ao estabelecer, em seu artigo 26, que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”¹⁰³. Isso faz com que Pauwelyn¹⁰⁴ sustente que a

law: navigating between European Absolutism and American voluntarism. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 36.

101 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law**: navigating between European Absolutism and American voluntarism. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 86

102 Artigo 53 - BRASIL. Planalto. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 17 nov. 2014

103 Artigo 26 - BRASIL. Planalto. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 17 nov. 2014

104 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law**: navigating between European Absolutism and American voluntarism. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 88

maior parte dos direitos consagrados pelo Direito Internacional possuem a característica de direitos de propriedade – e da mesma forma que ninguém pode se apropriar de uma casa sem a permissão de seu proprietário, um direito assegurado internacionalmente depende da concordância de seu “proprietário” para que possa ser mitigado.

Dessa forma, não seria permitido o descumprimento de uma obrigação internacional sob uma alegação de eficiência: seria necessário o consentimento da outra parte ou uma renegociação do tratado para que o descumprimento fosse lícito. Tanto é assim que a *International Law Commission*, em seus artigos sobre a responsabilidade dos Estados pelo descumprimento do Direito Internacional, já sustentou que a obrigação prioritária de um Estado ao descumprir uma regra de Direito Internacional é a de reestabelecer a situação anterior (e não de compensar a parte prejudicada)¹⁰⁵. Tome-se como exemplo a invasão da embaixada estadunidense no Irã em 1979: não era suficiente que o governo iraniano oferecesse uma compensação financeira pela ruptura de obrigações de Direito Internacional no tocante à inviolabilidade diplomática; era preciso que os reféns fossem libertados e o prédio, bem como seus documentos, devolvidos aos Estados Unidos.

Assim, em geral, uma norma de Direito Internacional deve ser cumprida ou renegociada. Ao mesmo tempo em que suas obrigações não foram cravadas em pedra e não são imutáveis, tampouco há espaço para que um descumprimento unilateral, ainda que compensado, seja considerado lícito. Não obstante, há um ramo do Direito Internacional contemporâneo que parece ser uma exceção, composto quase que exclusivamente por normas de *liability* e, portanto, contemplando plenamente a tese voluntarista: o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros.

De fato, Pauwelyn conclui que o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros é um dos raros sub-ramos do Direito Internacional a utilizar das regras de *liability*¹⁰⁶, admitindo, portanto, a aplicação da teoria do rompimento eficiente. Em verdade, é de se registrar que o rompimento eficiente de um acordo composto por regras de *liability* não é, propriamente dito, um rompimento do acordo. Joost Pauwelyn¹⁰⁷ bem esclareceu essa imprecisão terminológica, ao afirmar que, – dentro de um sistema de regras de *liability* –, a ação daquele que opta por violar o comportamento previsto pagando a indenização correspondente não é, efetivamente, uma ruptura do *pacta sunt servanda*. Em realidade, o próprio acordo faculta as partes escolherem entre seguirem a conduta prevista (por exemplo, não expropriar) ou pagar a indenização correspondente (que, no caso dos acordos de investimentos, deve ser pronta, adequada e efetiva).

Dessa forma, os acordos bilaterais de investimento garantiriam a eficiência na medida em que permitiriam que os países administrassem os investimentos estrangeiros de forma livre – desde que indenizando os investidores quando adotassem medidas que lhes são desfavoráveis. O critério paretiano seria atendido, adotando o sistema de compensação de *Kaldor-Hicks*.

Essa constatação, contudo, não permite concluir que o simples fato dos acordos bilaterais de investimento preverem expressamente as possibilidades da violação de suas regras mediante compensação é suficiente para garantir eficiência ao sistema de proteção dos investidores internacionais. Em primeiro lugar, os acordos formados por meio de regras de *liability* exigem que uma corte estabeleça os montantes indenizatórios devidos, para assegurar que a compensação seja adequada. Esta avaliação, porém, pode não ocorrer de modo adequado. Segundo Pauwelyn¹⁰⁸, as cortes podem errar no montante indenizatório tanto para mais quanto para menos:

105 O artigo 35 do modelo elaborado pela ILC sustenta que “Um Estado responsável pela violação de uma obrigação internacional é obrigado a restituição, isto é, reestabelecer a situação que existia antes de seu ato ilícito ter sido praticado, considerando que a restituição: a) não é materialmente impossível; b) não envolve um fardo desproporcional em razão da escolha pela restituição e não pela compensação”. (“Article 35. *Restitution*. A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: a) is not materially impossible; b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation”). http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

106 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law**: navigating between European Absolutism and American voluntarism. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 114

107 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law**: navigating between European Absolutism and American voluntarism. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 10.

108 “Under-compensation does not fully compensate the victim, thereby making the transfer Pareto undesirable and potentially overall inefficient; over-compensation pays the victim more than she is harmed and is said to deter efficient breach”. (PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law**: navigating between European Absolutism and American voluntarism. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 63-64).

[...] a compensação a menor não ressarcir totalmente a vítima, fazendo com que a troca seja indesejável sob a perspectiva de Pareto e potencialmente ineficiente; a compensação excessiva, por outro lado, concede a vítima mais do que ela sofreu e pode desestimular o rompimento eficiente.

No que tange ao Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, existem diversas críticas quanto à confiabilidade do sistema de solução de controvérsias existente, sobretudo quando se fala do ICSID (*International Centre of Settlement of Investment Disputes*), sistema erigido pelo Banco Mundial para solucionar as disputas entre os investidores e os Estados¹⁰⁹. Montantes excessivos de indenização desestimulam a escolha dos Estados pelo rompimento eficiente – o que resulta em uma situação indesejada no tocante a maximização do bem estar coletivo (o Estado deixa de adotar uma medida de interesse público pelo receio da excessiva indenização)¹¹⁰. Indenizações insuficientes não compensam a empresa lesada – e, portanto, não são capazes de fazer cumprir o objetivo maior dos acordos, que é o de proteger os investidores.

A assimetria de poder é, também, uma questão importante quando se discutem as regras de *liability* no Direito Internacional: países como os Estados Unidos – com todo seu poder econômico e militar – são muito diferentes de países como Bangladesh, por exemplo. Utilizando-se do exemplo de Joost Pauwelin¹¹¹, pode-se dizer que um acordo entre estes dois países seria semelhante a um contrato privado entre a *Microsoft* e um indivíduo vivendo abaixo da linha da pobreza. Há um grande risco de que o rompimento eficiente funcione apenas para o mais rico, que tem condições para pagar as indenizações. O mais pobre pode romper o Tratado e não pagar a indenização correspondente; ou abster-se de rompê-lo – mesmo quando seria mais eficiente fazê-lo – por não poder arcar com as sanções. Nos dois

casos, a eficiência paretiana não é atingida, razão pela qual sua aplicação merece ressalvas.

6. RESSALVAS À EFICIÊNCIA ECONÔMICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Como já se viu, não são todas as normas de Direito Internacional que comportam a análise da eficiência. Mesmo no que diz respeito ao Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros – que, como se viu, é um dos raros ramos compostos por regras de *liability* –, pode-se dizer que há ressalvas prementes a serem feitas sobre a utilização do critério paretiano de eficiência.

Note-se, em um primeiro momento, que existem muitas situações que podem ser consideradas como “Ótimos de Pareto” – de tal forma que há diferentes formas de alocar direitos e deveres em acordos internacionais que podem ser consideradas eficientes. O Ótimo de Pareto é neutro quanto a distribuição inicial de recursos, de tal forma que “um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”¹¹².

No que diz respeito ao Direito Internacional, a postura paretiana insensível ao atual estágio de distribuição de recursos mostra-se inaceitável, uma vez que permite a perpetuação de uma desigualdade que é intolerável à maior parte das pessoas que vivem nos países de menor nível de desenvolvimento, ignora o fato de que muitas das vantagens percebidas hoje pelas economias desenvolvidas têm sua origem histórica em um período no qual as pessoas do Terceiro Mundo não tinham voz ativa na determinação dos arranjos globais e, ainda, permite que poucos desfrutem de muito mais recursos do que o necessário para incrementar a produtividade global, ao passo que muitos, por outro lado, são privados do essencial¹¹³.

O grande problema é que o critério de Pareto parte de suposições utilitaristas, sem preocupações distributivas¹¹⁴, o que faz com que por si só não possa ser

109 Gus Van Harten é o autor da principal crítica, afirmando que o sistema de solução de controvérsias geraria incentivos para decisões pró-investidor. Neste sentido, ver em: HARTEN, Gus Van. **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

110 MARRELLA, Fabrizio. MARBOE, Irmgard. “Efficient Breach” and Economic Analysis of International Investment Law. **Transnational Dispute Management**. v. 4, i.6, November, 2007. Disponível em: <https://arca.unive.it/retrieve/handle/10278/33386/19852/econ%20an%20IEL%20marrella-marboetv4-6-article14.pdf> Acesso em 26 de dezembro de 2015.

111 PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law: navigating between European Absolutism and American voluntarism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 71.

112 SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 33.

113 FRANCK, Thomas M. **Fairness in International Law and Institutions**. New York: Oxford University Press, 1995. p. 20.

114 SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de

considerado um critério razoável para a análise das instituições jurídicas. De fato, é extremamente necessário determinar se é possível que uma parte melhore sua situação sem prejudicar as demais, mas quando se conclui que o equilíbrio já está em curso, é preciso completar a análise com algo mais. A eficiência não encerra os debates sobre a pertinência de determinadas regras jurídicas – que precisam, também, levar em consideração as urgentes questões relativas à justiça e à equidade.

Não obstante, como bem afirmou Guido Calabresi “é muito mais fácil descrever instâncias de injustiça do que exemplos de justiça” e “nós estamos muito mais certos de que um processo em particular ou seus resultados são injustos do que alguns arranjos particulares são justos em um sentido positivo”¹¹⁵. Assim, quando empregado o método econômico, a análise da justiça de determinados arranjos deve complementar a análise, servindo como um meio de veto para estruturas internacionais injustas, apesar de eficientes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional Público é um ramo do Direito peculiar: diante da inexistência de um governo mundial, suas decisões são tomadas em um contexto mercadológico – ou seja, mediante a livre transação de seus agentes (em especial, Estados Soberanos). Justamente por isto, a AED pode contribuir para identificar as razões para escolha dos Estados, os incentivos por ela criados e a eficiência dos arranjos formados pelas partes que, conjuntamente, estabelecem uma estrutura de cooperação.

A primeira contribuição da AED ao Direito Internacional é a de fornecer uma explicação para o seu funcionamento, a despeito da inexistência de uma autoridade central para forçar o seu cumprimento: a teoria da escolha racional fornece uma resposta factível para a decisão dos Estados de engajarem-se em negociações internacionais e assinarem acordos internacionais. Eles o fazem porque entendem que, ao fazê-lo, reúnem maiores condições de atingir seus objetivos (seja eles quais

forem). Em outras palavras, percebem que a adesão a compromissos de caráter internacional é a estratégia que maximiza seus interesses.

Essa maximização de interesses decorre, sobretudo, da percepção de que os Tratados Internacionais são instituições – criadas pelos próprios Estados – que alteram a estrutura de incentivos dos agentes que atuam na arena internacional. Assim, os Estados podem aderir a compromissos de caráter internacional porque pretendem estimular os demais países a agirem nos termos do acordo, ou porque pretendem criar regras que estimulem terceiras partes (indivíduos ou empresas, por exemplo) a adotarem comportamentos determinados.

Por fim, a teoria econômica defende que os Estados transacionarão entre si até que ninguém mais possa melhorar sua situação sem prejudicar a de outro agente – situação esta conhecida como Ótimo de Pareto. Esse critério serve de estímulo às negociações internacionais – e ainda sustenta que alguns arranjos podem ser quebrados em prol da eficiência. Muito embora essa perspectiva não mereça acolhida em todos os ramos do Direito Internacional, funciona perfeitamente para explicar o funcionamento específico do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, por exemplo, no qual a ruptura de um padrão de proteção (por exemplo, a expropriação) não é proibida *per se*, mas exige-se, apenas, o pagamento de indenização.

Por fim, nota-se que a AED não deve se imiscuir de preocupações com a justiça das instituições internacionais. Porém, identificar se uma dada situação é justa é tarefa difícil e demasiadamente subjetiva. Assim, o que se sugere é que a injustiça – muito mais facilmente identificável – seja empregada como ferramenta de veto para estruturas internacionais que, apesar de eficientes, não podem ser toleradas.

Dessa forma, o presente artigo teve como objetivo demonstrar como os pressupostos da AED podem ser utilizados para análise de institutos de Direito Internacional. Não se pretende ter esgotado a temática, mas apenas elucidado alguns dos componentes do método econômico com especial ênfase à sua aplicabilidade no Direito Internacional, em razão do silêncio sobre a temática nas pesquisas brasileiras. Espera-se, com isso, inspirar novas e mais profundas análises que discorram sobre sub-ramos ou institutos específicos da disciplina com a ajuda dos postulados econômicos.

Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 35. 115 “It is much easier to describe instances of injustice than examples of justice. We are much surer that particular processes or results are unfair than that particular arrangements are just in some positive sense” (CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis.** New Haven; London: Yale University Press, 1970. p. 25, tradução livre).

REFERÊNCIAS

- AAKEN, Anne Van. **International Investment Law and Rationalist Contract Theory**. Disponível em: <http://iilj.org/courses/documents/2009Colloquium.Session2.Aaken.pdf> Acesso em 26 de dezembro de 2015.
- BRASIL. Planalto. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm Acesso em: 17 nov. 2014
- CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven; London: Yale University Press, 1970.
- CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais**. Brasília: FUNAG, 2012
- COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.
- COSTA, José Augusto Fontoura. **Do GATT à OMC: a perspectiva neoliberal institucionalista**. Universitas: Relações Internacionais, Brasília, v. 9, n. 2, p. 25-53, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1413> Acesso em: 19 dez. 2014
- DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- DUNOFF, Joffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat**. April 20, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=73688 Acesso em: 22 out. 2014.
- GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun.
- GOLDSMITH, Jack; POSNER, Eric A. **The Limits of International Law**. New York: Oxford University Press.
- GONTIJO, André Pires. Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o *amicus curiae* como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 7-25
- GUZMAN, Andrew T. **How international law works: a rational choice theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- GUZMAN, Andrew. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Virginia Journal of International Law**, v. 38, n. 639, p. 639-688, 1998. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176003 Acesso em: 4 nov. 2014.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.
- HENKIN, Louis apud KOH, Harold Hongiu. Why do nations obey international law? **Yale law school faculty scholarship**. Disponível em: http://digitalcommns.law.yale.edu/fss_papers/2101 Acesso em: 31 dez. 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KLEIN, Vinícius. Posner é a única opção? In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011
- KOH, Harold Hongiu. Why do nations obey international law? **Yale law school faculty scholarship**. Disponível em: http://digitalcommns.law.yale.edu/fss_papers/2101 Acesso em: 31 dez. 2014.
- MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni B. Consent, Choice and Guido Calabresi's heterodox economic analysis of law. **Law and Contemporary Problems**, v. 77, n. 97, p. 97-116, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4400&context=lcp> Acesso em: 15 nov. 2014.
- MARRELLA, Fabrizio. MARBOE, Irmgard. "Efficient Breach" and Economic Analysis of International Investment Law. **Transnational Dispute Management**. v. 4, i.6, November, 2007. Disponível em: <https://arca.unive.it/retrieve/handle/10278/33386/19852/econ%20an%20IEL%20marrella-marboetv4-6-article14.pdf> Acesso em 26 de dezembro de 2015.
- MONEBHURRUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. **Revista de Direito Inter-**

nacional, Brasília, v. 11, n.1, 2014, p. 10-18

MONTEBHURUN, Nitish. Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 1, 2015, p. 32-36

NASSER, Salem Hikmat. Rule of law e Direito Internacional: uma nova aproximação. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C. Economic Performance through Time. **American Economic Review**. American Economic Association, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

PAUWELYN, Joost. **Optimal protection of international law: navigating between European Absolutism and American voluntarism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**, 3a.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência (problema agente-principal). In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic Foundations of International Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9th edition. New York: Wolters Kluwe Law & Business, 2014.

REALE, Miguel. As três acepções fundamentais da palavra Direito. **Revista da Faculdade de Direito da USP**,

v. 44, p. 68-78, jan. 1949. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66108/68718> Acesso em: 29 out. 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1> Acesso em: 22 out. 2014.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Alexandre Leite dos. O Direito Internacional Público como jogo institucional. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 179-195, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1%20EALR%20174/1%20EALR%20174> Acesso em: 10 nov. 2014.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 9.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

STEIN, Arthur. **Why nations cooperate: circumstances and choice in international relations**. New York: Cornell University Press, 1990.

VERDROSS, Alfred. O fundamento do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 1-33.

WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contract**. New York: The Free Press, 1985

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.