Latin American and Caribbean Law and Economics Association

Ivo Gico Jr.

March 2010

Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito

Contact Author

Start Your Own SelectedWorks

Notify Me of New Work

Available at: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44

Economic Analysis of Law Review

Economic Analysis of Law Review, V. 1, nº 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010

Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito

Ivo T. Gico Jr. Φ
Grupo de Pesquisa em Direito & Economia - GPDE
Universidade Católica de Brasília
Departamento de Direito

Resumo

Trata-se de uma contextualização da Análise Econômica do Direito – AED dentro da epistemologia jurídica em um contexto civilista. A partir de uma revisão dos paradigmas dominantes no direito brasileiro, contextualiza-se histórica e epistemologicamente a abordagem da AED. O objetivo é oferecer uma primeira abordagem por juristas e economistas, ressaltando algumas utilidades e limitações para ambos os campos. Uma vez contextualizada a AED no direito, alguns pontos não exaustivos da metodologia econômica e, portanto, da própria AED, são apresentados e analisados em termos de compatibilidade com os paradigmas dominantes do direito. O resultado é uma primeira aproximação do que seja a AED em um sistema romano-germânico e como ela se encaixa no quadro jurídico atual.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Juseconomia; Análise Positiva; Análise Normativa; Epistemologia; Metodologia; Direito.

JEL: B41, K00

Abstract

This is a presentation of Law & Economics (L&E) tradition within a civil law context legal epistemology. Starting from a review of the modern legal paradigms in Brazil, L&E is historically and epistemologically contextualized. The main objective of the paper is to offer a first approach for lawyers and economists to comprehend L&E's approach by stressing its usefulness and limitations. Once L&E is contextualized within the law, some economics methodological tools, hence L&E's, are presented and analyzed in terms of compatibility with modern legal paradigms. The result is a first approach to L&E in a civil law system and a demonstration on how it fits within modern legal framework.

Keywords: Law & Economics; Juseconomics; Positive analysis; Normative analysis; Epistemology; Methodology; Law.

JEL: B41, K00

Φ O Autor agradece às críticas e sugestões de Joanílio Rodolpho Teixeira e Marcos Aurélio Pereira Valadão. Comentários devem ser enviados para gico@ucb.br.

Ver para prever, a fim de prover.
Auguste Comte[1]

1. Introdução

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas conseqüências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências.

De um ponto de vista histórico-epistemológico, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e a ocorrência do Holocausto, a reação dos juristas romano-germânicos ao juspositivismo do século XIX foi um retorno ao direito enquanto valor, próximo ao jusnaturalismo, mas fixado em princípios constitucionais, tendo seus praticantes não apenas abandonado a idéia de ciência jurídica, mas efetivamente se afastado das demais ciências naturais e sociais na medida em que elas teriam falhado em fornecer uma Teoria do Valor que pudesse racionalizar decisões jurídicas. A solução implicitamente adotada estaria na filosofia. Não por outro motivo os paradigmas dominantes na metodologia jurídica atual emprestam largamente da filosofia em detrimento de todas as outras formas de conhecimento humano. Apenas a título de exemplo, basta lembrar que os programas de pós-graduação em direito muitas vezes exigem que seus discentes cursem cadeiras de filosofia do direito, mas cadeiras interdisciplinares raramente são ao menos oferecidas.

A conseqüência desse afastamento é que, mesmo após a grande evolução que as ciências naturais e sociais gozaram durante o século XX, os juristas ainda não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis conseqüências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional. Em síntese, o direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano. É exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Assim como a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer exercício valorativo que leve em consideração as conseqüências individuais e coletivas de determinada decisão ou política pública.

Por outro lado, posturas e culturas de cada disciplina divergem marcadamente em vários aspectos, sendo o diálogo entre juristas e economistas muitas vezes truncado, para não se dizer antagônico. A proposta do presente artigo é oferecer uma primeira aproximação a AED contextualizando-a do ponto de vista epistemológico, no intuito de facilitar o diálogo pela exposição dos pontos em que a aproximação pode ser útil e apontando para os pontos que devem ser tratados com especial cautela, já que os praticantes de AED – tanto economistas quanto juristas – não necessariamente possuem o treinamento adequado em ambas as áreas.

[1] Adaptação de COMTE, Isidore Auguste Marie François Xavier. Discurso sobre o Espírito Positivo. Antônio Geraldo da Silva (Trad.). São Paulo: Escala, [s.d.], p. 16.

2. O Direito na Análise Econômica do Direito: onde se enquadra a AED?

Nas ciências naturais e sociais, o conhecimento evolui geralmente circunscrito a um paradigma específico, vigente em um dado momento histórico, dentro do qual os pesquisadores contemporâneos normalmente não questionam os pressupostos sobre os quais trabalham: são os chamados períodos de "ciência normal". O trabalho de pesquisa é, via de regra, melhorar e expandir o conhecimento existente dentro desse arcabouço teórico aceito explícita ou implicitamente pela comunidade científica contemporânea. Quando as dificuldades de explicar novos fenômenos ou de responder a antigas questões de forma satisfatória se avolumam substancialmente, essa superestrutura metodológica se rompe e há, gradualmente ou não, uma mudança de paradigma[2].

A utilização de paradigmas, apesar de ser uma noção relativamente griz, é útil na compreensão de como a abordagem dos operadores do direito tem variado no tempo e no espaço e, assim, o contexto histórico dentro do qual se insere a AED para que se possa compreender adequadamente sua epistemologia e metodologia.

2.1. Jusnaturalismo

De acordo com a tradição ocidental, foram os gregos os primeiros a associar ao direito uma natureza dúplice, parte decorrente da opinião dos homens e dela dependente, e parte decorrente da própria natureza e, portanto, universal e independente da opinião dos homens[3], sendo que o direito natural se sobreporia ao direito dos homens, constituindo uma ordem limítrofe permanente e imutável[4]. De certo modo, esse difícil balanço entre uma noção metafísica de justiça (dita natural) e as leis dos homens (*demokratía*) permeou e permeia o debate jurídico até hoje.

O paradigma jusnaturalista como uma forma de limitação ao poder do governante desaparece em certo ponto da história com a queda do Império Romano e ressurge, de forma semi-independente e dispersa, na Idade Média[5]. Durante esse período, na contínua disputa entre poder secular e religioso, o fundamento do direito natural ora se assentava na razão ou na natureza (logo, independentemente da Igreja), ora em deus[6]. É importante salientar que dentro do paradigma jusnaturalista não existe diferença entre análise positiva (o que é) e normativa (o que deve ser) do direito, pois se uma lei contradiz o direito natural, não decorre da razão (natureza) ou de deus (intelecto divino) e, portanto, não é justa, logo, não é direito. Nesse sentido, a discussão jurídica será sempre e necessariamente uma discussão idiossincrática de valores morais e éticos do observador, intérprete ou aplicador, salvo se o interlocutor acreditar em uma moral universalista, o que é cada vez mais raro em uma sociedade que se deseja e reconhece pluralista e multivalorativa.

---

[2] KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Perspectiva, 2007, pp. 57 e ss.

[3] Vide, por exemplo, ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro V, Capt. 7. Pietro Nassetti (Trad.) Coleção a Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 53. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 117.

[4] Essa posição é relativamente clara no Segundo Livro de "As Leis" de Platão que, após ter presenciado seu mestre, Sócrates, ser condenado à morte pelos democratas atenienses, passou a desconfiar do poder ilimitado da democracia (vontade do povo). Assim, o direito natural – o Governo pelo Direito – desempenharia o salutar papel de limitação à vontade popular que, irrestrita, seria perigosa, i.e., o governo (mesmo democrático) deveria estar submetido ao direito (natural). Cfr. PLATÃO. As Leis – Incluindo Epinomis. Com Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. Edson Bini (Trad.) São Paulo: Edipro, 1999.

[5] Para um resumo desse período, vide TAMANAHA, Brian Z. *On The Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2004, Capt. 2.

[6] Tomás de Aquino é um dos maiores expoentes dessa corrente medieval ao mesclar o pensamento de Aristóteles ao da Igreja Católica e fundamentar o direito natural na razão divina. Cfr. AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Tomo I. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira *et alii* (Trad.). São Paulo: Loyola, 2001.

2.2. Juspositivismo

A percepção jusnaturalista começa a perder espaço ainda no século XVIII, com Kant, que propugna a total separação entre direito (objeto de preocupação do jurista) e moral (objeto de preocupação do filósofo). Em Kant, a ciência do direito se diferencia das demais ciências pelo objeto, que é o estudo das leis exteriores gerais garantidas por uma sanção estatal. O jurista deve afastar-se de questões morais (o que é justiça) e da realidade fática e preocupar-se com as normas escritas, pois apenas elas revelariam a vontade geral[7].

É nesse contexto histórico que surge, no século XIX, o juspositivismo, como uma decorrência do aparecimento e sucesso das ciências naturais em explicar o mundo, a partir do Positivismo, mas com o qual não se confunde. O objetivo do Positivismo de Comte era aplicar diretamente à sociedade (e, portanto, ao homem) os métodos bem-sucedidos das ciências naturais, pois eles seriam os únicos capazes de fornecer respostas verdadeiras aos problemas humanos e sociais. Daí a propositura de uma física social, posteriormente, sociologia. A idéia era repudiar o metafísico ou teológico e centrar-se no que era lógico e empiricamente verificável.

No âmbito jurídico, as idéias de Kant e o Positivismo tiveram seu primeiro reflexo relevante na Escola Histórica Alemã, normalmente associada ao objetivismo histórico de Savigny[8], cujo objetivo era demonstrar que a história não é fruto da razão, como diziam os iluministas, mas sim que o homem é um ser individual e variável de acordo com sua história. Se isso é verdade, então, não existe e não pode existir um único direito, igual para todos os povos, tempos e lugares. Não há direito universal. O direito é sempre o produto de um processo histórico que, como todos os fenômenos sociais, varia no tempo e no espaço.

Após o ataque da Escola Histórica, ocupa o lugar do jusnaturalismo como paradigma dominante o juspositivismo, cuja proposta é estudar o direito de um ponto de vista científico, tal como efetivamente é, e não como deveria ser[9], consolidando a distinção entre análise positiva (o que é) e normativa (o que deve ser) do direito. A principal característica do positivismo jurídico é a negação da existência de um direito natural e a separação clara do que venha a ser direito, moral e política. Nessa linha, reconhece-se explicitamente que o direito é um fato social, existente independentemente de ser justo, correto, completo ou de ter qualquer outro atributo metafísico, o que não quer dizer que tais fatores não sejam relevantes para a filosofia do direito, apenas que o direito **existe** independentemente deles.

Seguindo a tradição kantiana e na tentativa de manter o seu status de conhecimento autônomo e relevante perante as ciências naturais e as ciências sociais emergentes, os juspositivistas entenderam ser necessário desenvolver independência metodológica e estabelecer objeto próprio, a norma. A estratégia adotada foi a incorporação de uma perspectiva formalista segundo a qual o direito seria (a) o resultado de uma ação volitiva humana; (b) seu conteúdo independeria da moral ou de outros campos do conhecimento e, por isso, (c) seria um sistema lógico fechado e coerente de regras da qual a decisão jurídica correta sempre poderia ser inferida lógica e autonomamente do direito posto. Nascia o ordenamento jurídico[10]. Apenas para contextualizar, Durkheim realizou o mesmo esforço para

---

[7] Cf. KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. 2ª Ed. Edson Bini (Trad.) Clássicos Edipro. São Paulo: Edipro, 2008. Note-se que Kant era filósofo de formação e não jurista.

[8] "[S]eria melhor que existisse algo totalmente objetivo, algo de todo independente e distante de toda convicção individual: a lei. [...] A lei deveria, pois, ser completamente objetiva, conforme sua finalidade original, isto é, tão perfeita que quem a aplique não tenha nada a agregar-lhe de si mesmo". SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Metodologia Jurídica. Série Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2005 [1814], p. 7.

[9] Cfr. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Nello Morra (Comp) Márcio Pugliesi *et alii* (Trad.) São Paulo: Ícone, 2006, pp. 15-44. Ressalte-se que o juspositivismo constitui simultaneamente (a) um método para o estudo, (b) uma teoria e (c) uma ideologia do direito, sendo essas dimensões relativamente autônomas.

[10] Cfr. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4ª ed. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Trad.). Revisão Técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: EdUNB, 1994 [1960].

transformar a sociologia em uma ciência objetiva e autônoma inventando o conceito de sociedade como ente coletivo, diverso da agregação de seus indivíduos e da mente humana, em uma tentativa de distinguir o método e o objeto sociológico do econômico e do psicológico[11].

Por outro lado, o direito perde o seu caráter sacro e passa a ser compreendido e trabalhado como o resultado de uma opção humana e não como uma ordem imutável e universal. Como conseqüência, percebe-se que as estruturas sociais podem ser alteradas pelo direito, agora concebido como um instrumento de mudança social consubstanciado na lei. O direito, portanto, não necessariamente é racional, mas pode e deve sê-lo. Daí, por exemplo, a crítica juspositiva ao direito consuetudinário casuístico e asistemático, que não reflete um instrumento de mudança, mas o costume prévio dos povos. No mesmo sentido, as grandes codificações seriam o mecanismo mais adequado de se organizar o direito.

Inicialmente focado na atividade legislativa e na coercibilidade do direito[12], já na metade do século XX, sob a influência de Kelsen, o interesse juspositivista se desloca para as instituições aplicadoras do direito (e.g. Judiciário), seu caráter normativo e a sistematicidade do ordenamento jurídico. O direito, então, não constituiria uma ciência social causal (preditiva) como a sociologia ou a economia, mas pura e simplesmente normativa (autorizativa, prescritiva)[13]. Note-se que a sistematicidade do ordenamento jurídico não implica afirmar que o direito positivo gera sempre uma única resposta correta. Reconhece-se, tão-somente, que nos casos em que mais de uma interpretação é viável, não seria possível criar um critério científico (ou jurídico enquanto ciência) que permitisse a escolha da alternativa "mais" correta, pois tal escolha seria sempre valorativa e, portanto, subjetiva[14].

O juspositivismo contribuiu para a teoria jurídica ao estabelecer de forma clara a distinção entre análise positiva e normativa do direito, bem como com a identificação do direito como um mecanismo de mudança social, que deveria obedecer a critérios de racionalidade. Por outro lado, a maneira como a proposta de alcançar independência metodológica foi implementada e evoluiu não apenas excluiu das faculdades de direito qualquer forma de análise normativa (o que deve ser), como resultou na adoção de uma postura xenófoba e hermética, contrária ao próprio Positivismo filosófico, cujo resultado foi praticamente eliminar o diálogo entre o direito e as ciências.

Em última instância, os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as conseqüências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas. Por essa razão, em sua prática cotidiana, voltaram-se ao exercício de análise e classificação de normas e regras em abstrato, cujo principal instrumento (hermenêutica) em larga medida não passa de um jogo de palavras sob o qual escolhas reais

---

[11] "Se, com efeito, talvez possamos contestar que todos os fenômenos sociais, sem exceção, se impõem ao indivíduo do exterior, a dúvida não se afigura possível no que diz respeito às crenças e práticas religiosas, às regras da moral, aos inúmeros preceitos do direito, isto é, no que se refere às manifestações mais características da vida coletiva. Todas elas são expressamente obrigatórias. Ora a obrigação é a prova de que essas formas de agir e de pensar não são obra do indivíduo, mas emanam de uma potência moral que o ultrapassa, quer o imaginemos misticamente sob a forma de um deus, quer dela façamos uma concepção mais temporal e mais científica. A mesma lei encontra-se, portanto, em ambos os domínios." DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. 10ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895], p. 197.

[12] O início do juspositivismo, no século XIX, pode ser associado ao trabalho de John Austin, que trabalhou e popularizou as idéias de Jeramy Bentham, seu amigo pessoal, em sua obra AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Great Minds Series. Amherst, NY: Prometheus Books, 2000 [1832].

[13] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. João Baptista Machado (Trad.) 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 95 e ss.

[14] "[D]e um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra." KELSEN, op.cit., p. 391. Veja também, em geral, HART, Herbert L. A. Conceito de Direito. Armindo Ribeiro Mendes (Trad.) 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito.

É importante reconhecer que a teoria e a práxis jurídica atuais continuam a trabalhar, ao menos em parte, dentro desse paradigma. Salvo raríssimas exceções, a educação jurídica no Brasil permanece sendo prioritariamente baseada em apresentação de princípios gerais para, em seguida, analisar-se as regras e peculiaridades de cada ramo do direito. Nos cursos de direito, as disciplinas de outras áreas (e.g. economia, sociologia, ciência política, psicologia), quando ministradas, o são de forma desconexa das disciplinas jurídicas, não influenciando seu conteúdo de forma relevante. A principal conseqüência é a carência de um instrumental analítico mais robusto (teoria) como o disponível nas demais ciências sociais com as quais o direito não dialoga de fato, o que me parece ser um legado largamente atribuível à degeneração da proposta juspositivista enquanto método e levado ao extremo pelas idéias e escolas sucessoras, entre as quais o neo-constitucionalismo.

2.3. O Mundo Jurídico Pós-Positivismo

O juspositivismo gerou respostas diversas nos variados países. Na França surge a Escola da Livre Investigação Científica em reação à Escola Exegética. Enquanto esta acreditava que o direito se limitava à interpretação do direito codificado, aquela entendia que havia um maior espaço de atuação do intérprete, cuja ação deveria ser cientificamente fundamentada, mas que acabava por se confundir com a própria lei. Na Escandinávia, surge o Realismo Jurídico focado na análise dos conceitos jurídicos fundamentais; enquanto nos EUA, o jusrealismo combate o formalismo Langdelliano (doutrinalismo)[15] para demonstrar que (i) o direito é indeterminado, no sentido de não fornecer uma única resposta; (ii) as decisões judiciais não são mera aplicação mecânica da lei e que o resultado é influenciado pela identidade, ideologia e política daqueles que o administram (juízes); e, portanto, (iii) o jurista deveria empregar uma abordagem mais pragmática perante o direito, fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico).

No Realismo Jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito[16] e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*)[17], entre outros movimentos.

Já nos países de tradição européia-continental, inclusive no Brasil, uma das reações tardias ao juspositivismo foi o neo-constitucionalismo[18], que se propõe a denunciar a

[15] Apesar de a doutrina norte-americana distinguir entre o juspositivismo e o Doutrinalismo de Langdell, as semelhanças são evidentes entre uma e outra escola, separadas apenas pelo sistema jurídico. Para uma interessante revisão da história da AED no contexto consuetudinário, vide MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton University Press, 2006, Capt. 1, em especial, pp. 14-19.

[16] Para as origens históricas da AED, veja PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics – Essays by the Founding Fathers*. Mass.: The Locke Institute, 2005.

[17] Cfr. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Movimento do *Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

[18] No Brasil é comum denominar essa corrente como Pós-Positivista. No entanto, seu foco é a reaproximação entre direito e moral por meio da constitucionalização principiológica do direito, e não o reconhecimento da impossibilidade de se alcançar o conhecimento perfeito e que, portanto, o conhecimento científico deve ser considerado apenas como verdade não refutada (falsificacionismo), posição característica do Pós-Positivismo. Assim, o Neo-Constitucionalismo não dialoga com o Positivismo filosófico, mas sim com o juspositivismo, razão pela qual usamos termos diversos em nome da clareza. Sobre o Pós-Positivismo, cf. POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. 8ª Ed. São Paulo: Cultrix/Pensamento, 2000; e

incapacidade de o raciocínio lógico-formal lidar com questões valorativamente controvertidas, para as quais não há uma única resposta e retoma a posição segundo a qual não seria possível uma referência a direito sem uma conotação valorativa. A ocorrência da Segunda Grande Guerra e do Holocausto, supostamente não "impedidos" pelo direito, incitou seus propositores a sustentar que o direito não poderia ser desprovido de conteúdo moral e que, portanto, esse só faz sentido quando combinado com valores éticos que o limitem e guiem.

Para justificar sua posição, geralmente, os neo-constitucionalistas fazem referência à linha de defesa de nazistas que, durante o Julgamento de Nuremberg, alegaram não ter cometido qualquer crime, uma vez que teriam atuado rigorosamente em consonância com o ordenamento jurídico alemão. Todavia, muitos deles ignoram ou preferem ignorar que a doutrina nazista era nitidamente contrária ao princípio basilar juspositivista da legalidade, segundo o qual o juiz deveria decidir apenas segundo a lei, tendo o Estado nazista relativizado a lei em nome do "são sentimento popular" (*gesundes Volsempfindem*) para promover sua perigosa agenda por meio do próprio Poder Judiciário[19].

Não por outra razão, enquanto os jusrealistas buscaram aproximar o direito da realidade social pelas ciências, os neo-constitucionalistas buscam reaproximar o direito da filosofia, em uma tentativa de síntese e superação do jusnaturalismo e do juspositivismo, por meio da relativização do direito escrito que, no caso concreto, pode e deve ser flexibilizado se não for razoável (e, porque não dizer, justo). Todavia, a distinção mais marcante entre o neo-constitucionalismo e o jusnaturalismo é que naquele as valorações morais e éticas realizadas em paralelo com a suposta interpretação da lei são operacionalizadas por princípios jurídicos[20], incorporados expressa ou implicitamente às constituições nacionais e não por um direito natural metafísico, característico do jusnaturalismo. O fundamento da valoração seria, portanto, o resultado de um comando do próprio ordenamento jurídico (norma-princípio) e não de um padrão meta-jurídico.

Agora o problema do direito não seria mais apenas de subsunção da norma aos fatos, o que representaria uma função preponderantemente técnica para os órgãos aplicadores, mas de compatibilidade e ponderação entre normas-regra e normas-princípio[21] no estabelecimento de um balanço de interesses contrapostos. Curiosamente, no paradigma neo-constitucionalista, o consenso limita-se ao reconhecimento de que deve haver espaço para escolhas além da regra legal, inexistindo acordo entre correntes e pensadores com relação à metodologia que deve ser aplicada na tomada de decisões[22].

A título de exemplo, a Tópica Jurídica foi uma das primeiras tentativas de superar as limitações juspositivistas alegando criar um mínimo de racionalidade para as decisões valorativas por meio da leitura retórica do direito. Por isso é chamada de Teoria da Razão Prática, segundo a qual se aplicaria a "lógica do razoável" para controlar os exercícios valorativos por meio do emprego discursivo dos *topoi* de Aristóteles. Os *topoi* seriam "pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é

BLAUG, Mark. *The Methodology of Economics – or how economists explain*. 2nd Ed. Cambridge Surveys of Economic Literature. Cambridge: Cambridge University, 1992, pp. 3-50.

[19] Cfr. BOBBIO, O Positivismo..., p. 236; STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*. Thomas Dunlap (Trad.). Chicago: University of Chicago, 1998; e MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*. *With an introduction of Detlev Vagts*. Deborah Lucas Schneider (Trad.). Cambridge, Mass.: Harvard University, 1991.

[20] Vide a respeito BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 72 e ss.

[21] Utiliza-se a expressão norma-regra e norma-princípio apenas para ressaltar que, no neo-constitucionalismo, ambos constituem comandos normativos e, portanto, possuem aplicabilidade. Dentro desse paradigma, princípios não são mais apenas valores que informam a interpretação das regras, eles podem e devem ser aplicados diretamente. Obviamente, a esta altura deve estar claro que o conteúdo de um princípio depende fundamentalmente dos olhos do observador.

[22] Nesse sentido, vide LARENZ, Karl. Metodologia Jurídica. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade"[23], sem qualquer pretensão de sistematicidade, visto que a lógica seria derivável do e aplicável ao caso concreto[24].

Obviamente, a argumentação tópica é falha na medida em que apenas identifica *topoi* aceitáveis para uma determinada audiência sem fornecer qualquer instrumental analítico que possibilite a comparação entre eles, nem sua hierarquização valorativa, ou seja, não constitui nem oferece uma teoria de valores[25], que é justamente o problema que teria se proposto a resolver. Além disso, ao relativizar toda e qualquer forma de conhecimento como um *topos* (argumento possível), eleva ao mesmo nível conhecimento científico e senso comum, desde que suas proposições sejam razoáveis. Para minar ainda mais a sua utilidade enquanto método de análise, não apenas em Wiehweg, mas também na práxis jurídica atual, não fica clara a relação entre a tópica e o direito escrito, que muitas vezes se torna apenas mais um *topos* e, portanto, pode ser desconsiderado em nome de um critério idiossincrático de justiça, normalmente não explicitado.

Na busca por critérios operacionalizáveis de justiça e de como tomar uma decisão jurídica racional, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio teórico em filósofos que vêm tentado criar critérios ideais de se chegar a proposições normativas racionais e justas, como a postura minimax por detrás do véu da ignorância de John Rawls[26], a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas[27], os mandados de otimização de Robert Alexy[28] ou o juiz hercúleo de Dworkin[29] e sua decisão "correta" [30]. Não obstante, a prática hoje demonstra apenas que a vontade consubstanciada na lei positivada foi completamente relativizada, sem que emergisse um critério minimamente universal que a substituísse na criação, interpretação e aplicação do direito[31].

Apesar da clara preocupação com valores, o neo-constitucionalismo não se preocupa suficientemente com as reais conseqüências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignorem a realidade social em suas considerações[32], tão-somente digo que seu foco tem sido

---

[23] WIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Trad.) Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, pp. 26 e 27.

[24] "[S]e uma ciência do direito pressupõe posicionamentos, tais posicionamentos não serão considerados irracionais, quando puderem ser justificados de forma razoável." PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: a nova retórica. Vergínia K. Pupi (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 480. No mesmo sentido, WIEHWEG, op.cit., p. 36.

[25] ENGISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. J. Baptista Machado (Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbnekian, 1996, p. 384.

[26] Cfr. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 3ª Ed. São Paulo: Martins, 2008 [1971], em que segue a tradição de justiça circunstancial de David Hume e o espírito Kantiano para, em uma interessante aplicação do conceito de maximização do mínimo (minimax) da Teoria dos Jogos, propor um modelo de desigualdade social ótima, contribuindo não apenas para o direito com sua Teoria da Justiça, mas também para a Economia do Bem-Estar Social com a decorrente função de utilidade social em formato de L.

[27] Cfr. HABERMAS, Jürgen. Verdades e Justificações: ensaios filosóficos. Milton Camargo Mota (Trad.) São Paulo: Loyola, 2004.

[28] Cfr. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005.

[29] Cfr. DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Forense, 2001; e Levando os Direitos a Sério. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[30] Note-se que dentro desse paradigma o direito se afastou das ciências naturais e sociais, erroneamente associadas aos juspositivismo (que **também** as renega por não serem objeto próprio do direito) e se aproximou mais da filosofia, em busca de uma resposta sobre o que é justo e o que é direito. Não por outra razão, Rawls, Habermas, Alexy e Dworkin têm formação filosófica. Apenas Habermas tem outra formação complementar (sociologia) e apenas Rawls não tem formação jurídica.

[31] A sociológica Teoria dos Sistemas, às vezes considerada como uma alternativa, de tão abstrata e complexa, é de pouca utilidade em uma discussão de cunho prático como esta. Além disso, a teoria se restringe a uma abordagem meramente descritiva, sem qualquer pretensão preditiva, o que seria impossível na visão de seu propositor, *in verbis*: "*The disadvantage of systems theory* [...] *lies in its high intrinsic complexity and the related abstractedness of its concepts*. [..] *Therefore, we do not intend to present a theory that is supposed to guide practice. Instead, we describe the legal system as a system that observes itself and describes itself* […] *without any attempt to represent the outside world in the system*." LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Klaus A. Ziegert (Trad.) Oxford Social Legal Studies. New York: Oxford University, 2008 [2004], nota 30, p. 64 e p. 65.

[32] A título de exemplo, vide o texto de Barroso em que afirma que a racionalidade e legitimidade de uma interpretação dependem da consideração de suas conseqüências práticas no mundo real, todavia sem oferecer nem elaborar uma metodologia acerca de como identificar ou prever tais conseqüências. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e

elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, que se esforçam para criar e legitimar como racionais e não voluntaristas. O desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar tais conseqüências no mundo real é que foi epistemologicamente relegado a segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano com os quais o direito tradicionalmente não dialoga. O problema, por óbvio, é que a mera intuição do intérprete e aplicador do direito perante o caso concreto, principalmente os mais complexos, não é suficiente.

Ainda que tenha havido algum sucesso em reaproximar o direito da moral e da ética, para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico[33] 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? Enfim, precisamos não apenas de justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas também de teorias superiores à mera intuição que nos auxiliem em juízos de diagnóstico e prognose. Precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis conseqüências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano.

É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas.

Em resumo, é exatamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais conseqüências sobre a sociedade (conseqüencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para esse tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, porque é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinariedade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não-ergódigo.

Além de auxiliar em juízos de diagnóstico e prognose, a AED pode contribuir para a explicação da própria razão de existência de uma determinada norma jurídica, o que é normalmente o âmbito de investigação da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), mas essa agenda de pesquisa já é bem mais complexa que a primeira e ainda está em desenvolvimento. E mesmo para as discussões normativas (i.e. o que o direito deve ser) a AED pode contribuir substancialmente ao indicar pontos de consenso e dissenso, mas aqui, como nos demais paradigmas, a controvérsia é muito mais intensa e a sua utilidade pode ser mais limitada.

---

constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, V. 9, nº 33, 2006, pp. 56-58.

[33] Afinal de contas, o direito é fato, valor e norma e, portanto, qualquer análise isolada de apenas uma dessas facetas será incompleta. Cfr. REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

A esta altura é conveniente explorarmos um pouco o que significa realizar uma análise econômica para então discutirmos o que seria uma análise juseconômica.

3. A Economia na Análise Econômica do Direito: a metodologia da AED

3.1. Epistemologia da Economia: o que é Economia?

Quando falamos em economia nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros, etc. Assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego? Por que empresas nacionais pregam a criação de barreiras tarifárias para seus produtos? Essas barreiras são boas para os consumidores? Quanto custa construir uma ponte ligando o Brasil à Argentina sobre o Rio Uruguai? Por que nossa taxa de juros é uma das maiores do mundo?

Por outro lado, não são tradicionalmente consideradas econômicas perguntas do tipo: por que estupradores costumam atacar entre 5:00 e 8:30 da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? Por que está cada vez mais difícil convencer os Tribunais Superiores de que uma dada questão foi efetivamente pré-questionada? Por que em Brasília os motoristas param para que um pedestre atravesse na faixa, mas em outros locais do Brasil isso não ocorre? Por que os advogados passaram a juntar cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei pede apenas algumas peças específicas? Por que o Governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante recessos e feriados, como o Natal? Por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas? Por que existem várias línguas?

Para a surpresa de alguns essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudos por economistas. Se pararmos para pensar, de uma forma ou de outra, cada uma das perguntas do parágrafo anterior impõe decisões aos agentes. Se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão.

O principal motivo dessa amplitude é que, antes de qualquer coisa, a economia é caracterizada por um método de investigação e não por um objeto específico em si. Para nossos propósitos[34], a definição que melhor traduz essa idéia é a de Lionel Robbins[35], segundo a qual a economia é "a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos." Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse

[34] Há outras perspectivas econômicas normalmente denominadas genericamente de heterodoxas, entre as quais o institucionalismo, a economia pós-keynesiana, feminista, marxiana e austríaca. Essas correntes, mesmo quando estudam o direito, normalmente não se autodenominam Análise Econômica do Direito. Os programas de pesquisa mais recentes, influenciados pelas demais ciências, (e.g. neuroeconomia, economia evolucionária, economia comportamental, economia experimental) são hoje largamente integrados ao paradigma ortodoxo e, portanto, na AED, que engloba essas novas áreas em sub-áreas específicas, como a AED comportamental (psicologia). Sobre heterodoxia em geral, cfr. LAWSON, Tony. *The nature of heterodox economics*, Cambridge Journal of Economics, 2006 30(4):483-505.

[35] Economia é "*the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*." ROBBINS, Lionel. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. 2nd Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16. Disponível no endereço www.mises.org/books/robbinsessay2. pdf (Acessado em 16/11/08).

sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não[36]. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica.

A abordagem econômica a que me refiro é, antes de tudo, um método de pesquisa sobre o comportamento humano, um conjunto de instrumentos analíticos. Esse ponto é de tamanha importância, que tomarei emprestadas as palavras – hoje clássicas – de John Maynard Keynes, para afirmar que:

> [a] Teoria Econômica não fornece um conjunto de conclusões assentadas imediatamente aplicáveis à política. Ela é um método ao invés de uma doutrina, um aparato da mente, uma técnica de raciocínio, que auxilia seu possuidor a chegar a conclusões corretas. [37]

Nesse sentido, a ciência econômica, antes associada apenas àquela parte da atividade humana que chamamos normalmente de economia, hoje investiga um amplo espectro de atividades humanas, muitas das quais também são estudadas por outras ciências sociais como a ciência política, a sociologia, a antropologia, a psicologia e, como não poderia deixar de ser, o direito. É essa interação entre direito e economia que se convencionou chamar de Análise Econômica do Direito.

3.2. O que é a Análise Econômica do Direito?

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a 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 jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas.

A AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica uma abordagem AED da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia.

É relativamente óbvio que quando um juiz precisa estimar os lucros cessantes e os danos emergentes da destruição de um carro de um taxista por um motorista bêbado, ele precisará recorrer à teoria econômica para realizar tais cálculos. Aqui o economista será chamado a se pronunciar na qualidade de perito, como seria um médico em um caso de erro médico, um contador em um caso de compensação irregular de tributos ou um engenheiro em um caso de responsabilidade por vício de construção. Também é óbvio que não é possível discutir ou operar o direito concorrencial e regulatório sem um conhecimento razoável do ferramental econômico. Assim, por exemplo, a discussão do que constitui uma infração à

---

[36] Para interessantes exemplos de como a economia pode iluminar aspectos ocultos de ações humanas fora do contexto mercadológico, vide, por exemplo, BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1990 [1976].

[37] "*The Theory of Economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique of thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions.*" Introdução de John Maynard Keynes em HENDERSON, Hubert D. *Supply and Demand. With Introduction by J. M. Keynes*. New York: Harcourt, Brace, 1922, p. V. Disponível no endereço www.gutenberg.org/dirs/1/0/6/1/10612/10612.txt. Idéia semelhante está presente em ROBINSON, Joan. *The Economics of Imperfect Competition*. London: Macmillan, 1933, p. 1.

ordem econômica é uma discussão eminentemente econômica[38]; da mesma forma, a decisão acerca da implementação ou não de um esquema de subsídio cruzado ou da adequação de um dado esquema de controle de preços para um setor regulado é eminentemente econômica. Todavia, a AED vai além dessas inter-relações mais diretas entre direito e economia.

Quando usamos o termo Análise Econômica do Direito, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Por exemplo, a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de estupros, pode ajudar a reduzir o número de apelações protelatórias, pode ajudar a compreender porque algumas leis pegam e outras não, porque muitas vezes uma legislação é adotada e porque noutras vezes o Congresso adota uma legislação que será sabidamente vetada pelo Presidente, mas o faz da mesma forma, ou ainda porque é tão difícil alugar um imóvel no Brasil. A juseconomia pode, inclusive, auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos.

De forma geral, os juseconomistas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as conseqüências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada. A maioria de nós concordaria que a resposta à primeira indagação independe da resposta à segunda, mas que o inverso não é verdadeiro, isto é, para sabermos como seria a regra ideal, precisamos saber quais as conseqüências dela decorrentes. A primeira parte da investigação refere-se à AED positiva (o que é) enquanto a segunda à AED normativa (o que deve ser). Como essa distinção traz importantes implicações do ponto de vista epistemológico/metodológico e algumas vezes é fonte de incompreensão, vamos investir um pouco de tempo aqui antes de avançarmos na metodologia da AED.

3.3. AED Positiva e Normativa

Como toda e qualquer ciência, a AED reconhece como válido e útil do ponto de vista epistemológico e pragmático a distinção entre **o que é** (positivo) e **o que deve ser** (normativo). A primeira proposição está relacionada a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor.

A idéia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão.

Essa postura está muito ligada à proposição que ficou famosa como a Guilhotina de Hume, em seu Tratado sobre a Natureza Humana, segundo a qual não é possível deduzir-se o dever-ser do ser, isto é, que proposições puramente factuais só podem levar a ou implicar outras proposições puramente factuais e jamais em julgamentos de valor. Em outras palavras, fatos não levam a proposições éticas e vice-versa. Essa posição implica assumir que há uma distinção clara entre o mundo dos fatos e o dos valores que poderia ser resumida assim[39]:

[38] Para um claro exemplo da essencialidade da teoria econômica para a discussão de questões concorrenciais, vide GICO Jr., Ivo T. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2006.
[39] BLAUG, op.cit., p. 113.

Positivo	Normativo
É	Deve ser
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeira/Falso	Bom/Ruim

Obviamente, quando estendida essa distinção ao direito, problemas culturais começam a surgir. Tenho observado que muitas vezes juristas estão tão acostumados a pensar em termos normativos e a discutir questões em termos valorativos, que seus argumentos em debates públicos ou privados sobre questões relativamente simples flutuam com extrema facilidade entre um campo e outro, a ponto de – muitas vezes – se tomar um argumento normativo como positivo e vice-versa. Nesse sentido, a aceitação e a compreensão plena da distinção entre análise positiva e normativa representam um pequeno desafio[40].

Por outro lado, é importante ressaltar que a distinção entre ser e dever-ser não é tão pacífica quanto a Guilhotina de Hume nos faz crer. O contexto cultural, a ideologia, a visão política e a história do pesquisador podem influenciar de várias formas o objeto de estudo e a metodologia aplicada, o que pode alterar os resultados da própria pesquisa. Além disso, enquanto é relativamente simples perceber a diferença entre proposições de ser versus dever-ser, o exercício cognitivo de aceitar certa proposição como ser pressupõe um consenso social prévio[41] sobre os critérios que "devem" ser aceitos como capazes de estabelecer o que é[42].

Independentemente da questão clássica acerca da possibilidade de a ciência ser ou não neutra, que não deve ser esquecida, parece-me relativamente simples perceber que, quando comparado com o grau de miscigenação entre fato e valor que ocorre no direito, a aplicação da Guilhotina de Hume, ainda que em termos pragmáticos, se não epistemológicos, representa um grande ganho em clareza de comunicação e estabelecimento de pontos de vista (mesmo se divergentes). É muito útil poder reduzir eventuais discordâncias a pontos normativos ou positivos e, por isso, ainda que por argumentos puramente pragmáticos, a distinção parece-me útil e importante para a ciência e, portanto, para a AED.

Nesse sentido, quando um praticante da AED está utilizando seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g. um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. Aqui, o juseconomista *qua* juseconomista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada. O máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas (se textuais, aplicando-se técnicas hermenêuticas) e investigar as prováveis conseqüências de cada uma (aplicando-se a AED), bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício.

Já quando o praticante de AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto juseconomista **se, e somente se**, o critério normativo com base no qual as referidas

[40] Para um interessante trabalho sobre o choque cultural entre a posição jurídica e econômica por causa do positivismo, bem como sobre as dificuldades de tal distinção, vide KATZ, Avery Wiener. *Positivism and the Separation of Law and Economics*, *Michigan Law Review*, Vol. 94, nº 7 (Jun., 1996), pp. 2229-2269.

[41] Note-se que aqui não estamos dizendo que o consenso será votado pela comunidade, dado que temos plena ciência do Paradoxo de Arrow, mas sim que os critérios de verdade positiva serão relativamente claros e socialmente aceitos dentro de um mesmo paradigma e, portanto, podem mudar. Sobre o Paradoxo, vide ARROW, Kenneth J. *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, *The Journal of Political Economy*, Vol. 58, nº 4, Aug., 1950, pp. 328-346, disponível no endereço http://gatton.uky.edu/Faculty/hoytw/751/articles/arrow.pdf (consultado em 26/11/08).

[42] BLAUGH, op.cit., p. 114.

alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (e.g. por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei). Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de seqüestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar qual a melhor política de punição, qual a melhor estrutura processual para este tipo de delito, etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise.

Agora, se o que se busca é aconselhamento não apenas em relação ao meio de se alcançar certa política pública, mas também qual objetivo buscar, então, a análise juseconômica não necessariamente trará ganhos substanciais em relação à análise oferecida por outras áreas do conhecimento ou ciências, devendo ser considerada em conjunto com as demais, dentro de suas limitações.

Note-se que nem todo praticante de AED se sente confortável com a realização de análises normativas, acreditando às vezes não ser essa a seara adequada dos juseconomistas. Já no extremo oposto, há aqueles como Richard Posner que chegaram a propor, na década de 70, que, na ausência de qualquer teoria do valor operacionalizável e consensual, haveria justificativas éticas para se adotar a maximização da riqueza social como critério normativo, pois ela funcionaria como uma forma de aproximação da busca pela eficiência[43]. Não obstante, após um longo e intenso debate dentro[44] e fora[45] da tradição juseconomista, Posner reconheceu que essa posição é insustentável e que não há base moral para limitar o objetivo imediato do direito à maximização da riqueza[46].

Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes conseqüências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.

3.4. Metodologia da AED

Tradicionalmente, os integrantes da academia jurídica iniciam suas análises partindo do pressuposto de que o direito é composto por normas e seu objeto prioritário de pesquisa é identificar o conteúdo e o alcance dessas normas. A normatividade das regras jurídicas é pressuposta e o instrumental de pesquisa predominantemente utilizado é a hermenêutica. Assim, um jurista tradicional preocupado com a conservação do patrimônio histórico-cultural poderia discutir se "cultura" integra o conjunto de significados associados à expressão "meio ambiente" e, se a resposta for positiva, se prédios históricos gozam da mesma proteção e limitações impostas pelas leis ambientais para áreas verdes, por exemplo.

Por outro lado, os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as conseqüências das regras jurídicas e de suas

[43] Para a proposta original, cfr. POSNER, Richard A., *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp. 103-140; ou ainda, *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1983 [1981].

[44] A título de exemplo, cfr. CALABRESI, Guido, *An exchange about law and economics: a letter to Ronald Dworkin*, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 553-62; KRONMAN, Anthony T., *Wealth Maximization as Normative Principle*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1980, pp. 227-43.

[45] A título de exemplo, cfr. COLEMAN, J., Efficiency, Utility and Wealth Maximization, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 509-51; DWORKIN, *Is wealth a Value*?, Journal of Legal Studies, Vol. 9, 1980, pp. 191-226; DWORKIN, *Why efficiency*?, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 563-69; DWORKIN, Uma Questão ..., Capt. IV; RIZZO, M., The Mirage of Efficiency, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 641-58.

[46] Cfr. POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University, 1990, pp. 382 e ss.

organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos.

No exemplo anterior, um juseconomista se perguntaria (i) como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico), que não incide sobre o patrimônio histórico-cultural e (ii) como uma mudança da regra jurídica alteraria essa estrutura de incentivos – seja por modificação legislativa, seja por modificação de entendimento dos Tribunais –, na tentativa de prever como eles passariam a se comportar (prognose). Muito provavelmente, apenas após ser capaz de responder minimamente a estas duas perguntas um juseconomista se aventuraria em questões normativas. Essa é a distinção fundamental entre a abordagem juseconômica e as abordagens tradicionais do direito.

Obviamente, para ser capaz de compreender como se comporta o agente e tentar prever suas reações a mudanças em sua estrutura de incentivos é necessário que tenhamos à nossa disposição uma teoria sobre o comportamento humano, que inexiste no direito. Os juseconomistas emprestam essa teoria da economia, cujo objeto é precisamente investigar como age o ser humano médio diante de escolhas, razão pela qual faz sentido esmiuçarmos um pouco as características dessa teoria.

O método econômico se baseia em alguns postulados. Primeiro, os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades – fossem elas quais fossem. Curiosamente, a mesma idéia, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto proprio*. A **escassez** dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?).

Toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de **custo de oportunidade**. Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que esses recursos poderiam ter (e.g. construir escolas). Se você opta por ler este artigo, deixa de realizar outras atividades como estar com seus filhos, passear com sua namorada ou assistir televisão. A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem. Note que dizer que algo tem um custo não implicar afirmar que tem valor pecuniário. Agora você sabe que há muita sabedoria no dito popular "tudo na vida tem um preço", basta olhar para o lado.

Como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é **racional maximizadora**. Mais sobre isso adiante.

A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, **pessoas respondem a incentivos**. Oras, essa também é uma idéia central no direito. Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas. As pessoas tomarão mais ou menos cuidado se forem ou não responsabilizadas pelos danos que causarem a terceiros. Juízes serão mais ou menos cautelosos em seus julgamentos se tiverem de motivar mais ou menos suas

decisões. Agentes públicos trabalharão mais ou se corromperão menos se seus atos forem públicos. Fornecedores farão contratos mais ou menos adequados se as cláusulas abusivas forem ou não anuladas pelo Judiciário. Os exemplos são incontáveis.

Por outro lado, se as pessoas não respondessem a incentivos, o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria uma perda de tempo. Contudo, a experiência nos mostra que isso normalmente não acontece.

Adotando-se a premissa que as pessoas respondem a incentivos, o próximo passo para sermos capazes de compreender o comportamento dos agentes é identificarmos se sua ação será tomada em um contexto hierárquico ou mercadológico. No primeiro caso, a interação entre os agentes é regida por regras de comando. É o caso de uma relação de emprego, uma relação familiar ou uma hierarquia militar. No segundo caso, a conduta dos agentes é o resultado da livre interação entre eles, de uma barganha. Aos contextos sociais onde a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas chamamos de **mercado**.

Mais uma vez, é importante esclarecer que dizer que uma determinada troca se dá no mercado ou que determinada alocação é o resultado da dinâmica de mercado não requer como condição necessária, nem suficiente, que estejamos tratando de valores pecuniários. Nesse sentido podemos pensar em mercados de idéias, de políticos ou mesmo de sexo.

Essa distinção é importante, pois – não raro – ao se falar em mercado de alguma coisa, os ouvintes associam automaticamente a idéia de dinheiro e de desvalorização do bem barganhado. Esse preconceito não corresponde à realidade. Na juseconomia, a referência a mercado significa pura e simplesmente o contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação. Em contraposição, temos as hierarquias onde os agentes têm suas condutas limitadas e conduzidas por regras de comando, que pressupõe algum grau de imposição. Cada estrutura possui benefícios e limitações característicos e a racionalidade de se adotar um ou outro mecanismo é uma questão importante[47].

Quando a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas. Nesse ponto, diremos que o mercado se encontra em **equilíbrio**. Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Modificada a regra em um contexto onde a barganha é possível (mercado), os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico até que o equilíbrio seja alcançado. Esse resultado poderá ser diverso se estivermos tratando de um contexto hierárquico no qual a livre barganha não ocorre. O padrão de comportamento da coletividade se depreende da idéia de equilíbrio das interações dos agentes individuais.

Como o equilíbrio decorre da livre interação dos agentes até que todas as possibilidades de trocas benéficas se esgotem, diz-se que um mercado em equilíbrio tem uma propriedade socialmente valiosa: o seu resultado eliminou todos os desperdícios, ou seja, é eficiente. Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido **Pareto-eficiente**, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de situação outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar

[47] Cfr. WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: Free Press, 1983 [1975].

ninguém, mas não consegue. Enfim, estes são alguns dos pressupostos básicos característicos da AED[48].

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

Apesar de ser relativamente simples de entender os pressupostos que norteiam o método econômico e a AED, é interessante aprofundarmos um pouco mais em algumas questões metodológicas específicas.

3.5. Individualismo Metodológico

Para explicar o comportamento dos agentes e, assim, ser capaz de realizar juízos de prognose, a juseconomia adota como unidade básica de análise a escolha individual de cada agente ou de pequenos grupos envolvidos no problema. Essa postura é o que se convencionou chamar de **individualismo metodológico**[49]. Segundo essa metodologia para se explicar e compreender comportamentos coletivos, primeiro deve-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender. Note-se que a análise do comportamento individual deve considerar a dinâmica da interação entre agentes e não apenas a conduta isolada de um agente[50].

Dessa forma, se desejamos entender porque o Judiciário funciona como funciona, temos que ser capazes de explicar e compreender a estrutura de incentivos de cada magistrado, a dinâmica entre juízes e desembargadores e destes com os ministros e assim sucessivamente. Se desejamos compreender como funciona o Congresso, devemos ser capazes de explicar a estrutura de incentivo de deputados, senadores, assessores e consultores. Compreender a estrutura de incentivos desses agentes é investigar como eles realmente agem e não supor que agirão no interesse público pura e simplesmente com base na fé[51]. Do mesmo modo, se desejamos saber como consumidores e fornecedores se comportarão diante de uma mudança legislativa, precisamos entender a estrutura de incentivos de cada grupo.

Vale lembrar que o individualismo metodológico é apenas um instrumento analítico, sem implicações éticas no sentido de representar uma postura segundo a qual os interesses individuais **devem** ser maximizados ou que os agentes **devem** se comportar dessa ou daquela forma[52]. A AED é uma teoria sobre comportamentos não um parâmetro de avaliação de condutas. É um grande equívoco pensar que um **método** individualista de análise deva

---

[48] Para facilitar, as idéias apresentadas acima podem ser resumidas na seguinte frase mnemônica: "pessoas maximizam e mercados equilibram".

[49] A primeira referência a individualismo metodológico (*methodische Individualismus*) é feita por Joseph Schumpeter em 1908, em seu trabalho **Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie, mas o termo é utilizado em referência às idéias de seu influente professor, Max Weber, a quem se atribui a sua proposição para as ciências sociais enquanto método. Cfr. Stanford Encyclopedia of Philosophy, Verbete Methodological Individualism, disponível no endereço http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/ (Acesso em 15/07/09).**

[50] Cfr. WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (Trad.). Vol. 1. Brasília: UnB, 1991, Capt. 1. Obviamente essa postura conflita diretamente com algumas posturas coletivistas comuns à doutrina jurídica tradicional, como a referência não qualificada a Estado como um ente autônomo, sem mencionar os agentes que o compõem, a referência a interesse público, sem mencionar qual o mecanismo agregador de preferências teria sido utilizado para revelar tal interesse. Essas noções, muitas vezes, são utilizadas como verdadeiros *Deus ex machina* para mascarar as preferências pessoais do interlocutor.

[51] Estamos diante de clássicos problemas de agente-principal.

[52] KERKMEESTER, Heico. Methodology: General. Verbete 0400, p. 385. *In*: BOUCKAERT, Boudewijn e De GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of Law & Economics*. Disponível no endereço http://users.ugent.be/~gdegeest/ 0400book.pdf (Acesso em 16/11/08).

envolver necessariamente alguma forma um sistema individualista de **valores**. Equívoco este mais comum do que se poderia imaginar, mas contra o qual você agora está vacinado.

Além disso, não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político. Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios do individualismo metodológico, isto é, compreendê-lo e explicá-lo requereria a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes. Não obstante, a confusão do individualismo metodológico com o individualismo político (i.e. o liberalismo no sabor *laissez-faire*) é muito comum tanto entre economistas e juseconomistas quanto entre os críticos do método.

Adotar o individualismo metodológico não significa que a AED pressupõe necessariamente que os indivíduos não são altruístas no sentido de não levarem em consideração em suas decisões o bem-estar de outros. Apesar de na maioria das análises esse pressuposto simplificador ser adotado, nada impede que ele seja emendado de acordo, sem qualquer perda de validade da análise. Na análise econômica da família, por exemplo, geralmente se pressupõe que os pais são altruístas em relação aos filhos[53]. Da mesma forma, o individualismo metodológico não implica necessariamente os indivíduos tomarem suas decisões isoladamente de seus pares. A idéia de que indivíduos tomam decisões dentro de seu contexto social levando em consideração a potencial reação dos demais agentes (decisões interdependentes), por exemplo, é muitas vezes explicitada em modelos que utilizam Teoria dos Jogos.

Enfim, a abordagem juseconômica não requer que se suponha que os indivíduos são egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais[54], tão-somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significa para **eles**. Nessa linha, por exemplo, são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e.g. academia), poder (e.g. política) ou mesmo altruísmo (e.g. família). Ainda assim, é o indivíduo quem age e a partir dele iniciamos nossa busca pela compreensão do coletivo.

3.6. Modelagem e Reducionismo

Outro ponto relevante é a questão do uso de modelos para explicar o comportamento humano. A ciência busca compreender e explicar o mundo. Os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexa realidade para estudá-la. Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades de seu usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar ele será. Assim, um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. No mesmo sentido, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se torna a própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação de compreensão. É por isso que se diz que para compreender o mundo é necessário reduzi-lo.

Os juseconomistas reconhecem a imensa complexidade do mundo real e a grande dificuldade – ou impossibilidade – de se lidar com todas as variáveis simultaneamente. Por isso, assim como os economistas, os praticantes de AED elaboram modelos teóricos dos problemas que desejam investigar, nos quais apenas as variáveis consideradas relevantes são consideradas. Esse procedimento é realizado na tentativa de, simplificando o problema, obter-

[53] Vide Becker, nota 36 supra.

[54] Por outro lado, em determinados contextos, adotar tais pressupostos pode simplificar a análise substancialmente e, portanto, ser útil, da mesma forma que ignorar o atrito em certos contextos na física pode ser útil.

se perspectivas que de outra forma permaneceriam ocultas do pesquisador. Nesse desiderato, pressupostos simplificadores são adotados para que seja possível se focar apenas no coração do problema. A dificuldade da arte de modelar está justamente em escolher quais variáveis considerar e quais desprezar. A teoria econômica auxilia nessa escolha de forma a tornar o problema compreensível e tratável, sem tornar o modelo irrelevante[55].

É importante lembrar aqui que, conquanto a AED seja estruturada sobre alguns pressupostos básicos, nada impede que estes sejam livremente emendados caso o pesquisador perceba que o problema com o qual se depara assim requer. Na abordagem neo-institucionalista, por exemplo, os custos de transação e as instituições passam a ser fundamentais nos modelos empregados. Já na AED comportamental, a teoria da racionalidade é complementada para incluir uma série de desvios comportamentais identificados em estudos neuro-econômicos (limitações cognitivas), como o efeito propriedade, viés passado, desconsideração sistemática de pequenas probabilidades, etc. Ainda, na AED sociológica, incorpora-se a possibilidade de normas sociais (informais) afetarem a estrutura de incentivos dos agentes tanto quanto as regras formais, como o direito. Desde que o aplicador tenha consciência da utilidade e das limitações dos pressupostos, o emprego de modelagem na compreensão, explicação e descrição do comportamento humano promete ser de grande utilidade.

3.7. Teoria da Escolha Racional e AED Comportamental

Racionalidade, para a juseconomia, é um conceito técnico que pode ser expresso de três formas diversas e complementares. De início, dizer que o agente econômico é racional significa supor que cada pessoa possui gostos específicos, que chamamos de **preferências**. Não se faz julgamentos de valor em relação a estas preferências (*de gustibus non est disputandum*), nem se tenta entender porque cada pessoa gosta de uma coisa ou outra. A teoria econômica é uma teoria sobre os meios empregados pelas pessoas para alcançarem seus fins (comportamentos) e não sobre os fins que elas buscam (motivação). A existência das preferências é um dado da realidade e para a teoria normalmente não são relevantes.

Além disso, as preferências são consideradas completas, transitivas e estáveis. Ter preferências completas significa que não importam as escolhas disponíveis às pessoas, elas serão capazes de decidir, ou seja, entre a opção A e a opção B, o agente sempre será capaz de optar por A, por B ou ser indiferente a qualquer uma delas. No limite, isso significa que o agente deve ser capaz de decidir inclusive entre opções em momentos diversos (e.g. comprar um carro novo hoje ou poupar para comprar uma casa daqui a cinco anos) e entre resultados certos e incertos (e.g. comprar títulos do Governo com renda fixa ou investir dinheiro na bolsa). Transitividade é uma questão de coerência e significa que se o agente prefere A a B e B a C, então, ele deve preferir A a C, do contrário, jamais seria capaz de realizar uma escolha, ficaria trocando de opção eternamente. Por fim, as preferências são consideradas estáveis para que a teoria não se torne uma tautologia. A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudaram de comportamento, então, é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada.

Outra forma de expressar a mesma idéia é dizer que cada indivíduo atribui uma **utilidade** a cada escolha possível e é capaz de ordenar essas escolhas de acordo com as utilidades que lhe provêem. Toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais maximizadores de utilidade. Note-se que utilidade aqui é um termo técnico que significa qualquer satisfação que

[55] POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 2nd Ed. Aspen Law & Business, 1989, p. 4.

o indivíduo extraia de uma dada escolha, não se restringindo a questões materiais, muito menos monetárias. Um indivíduo pode extrair utilidade tanto do consumo de uma pizza, quanto de ver um quadro de Portinari, de realizar trabalho voluntário ou de tocar em uma banda amadora. Lembre-se, *de gustibus non est disputandum*.

Além disso, vale a pena ressaltar que a economia não considera ser possível comparar utilidades entre dois indivíduos. Se há uma disputa por uma maçã entre o sujeito A e o sujeito B, não é possível se afirmar *ex ante* que a maçã é mais útil para A do que para B e vice-versa. A única forma de se aferir isso seria atribuir a maça a um dos agentes e deixá-los negociar livremente (*ex post*). Se quem recebeu a maçã, por exemplo, A, aceitar trocá-la por outra coisa oferecida por B (e.g. uma cadeira, uma pêra, dinheiro), então, é porque B valorizava mais a maçã do que A. Do contrário, ou A valorizava a maçã mais que B e por isso recusa-se a trocá-la, ou valoriza o mesmo tanto que B, ou ainda, B não é capaz de oferecer algo de interesse de A para motivá-lo a realizar a troca espontaneamente (não consegue expressar suas preferências pelo **sistema de preços**, dada sua restrição orçamentária). Nesse sentido, utilidade será sempre uma medida ordinal subjetiva e não cardinal objetiva.

A terceira forma de expressar essa idéia é que as pessoas decidem na margem, isto é, as pessoas incorrerão nos custos de desenvolver certa atividade (perda de utilidade) enquanto a unidade adicional da atividade desenvolvida trouxer mais benefício (ganho de utilidade) do que custou desenvolvê-la, é o que chamamos de **análise marginal**. De forma mais clara, uma pessoa será racional quando continuar desenvolvendo uma atividade enquanto ela ganhar com isso.

É importante salientar que a hipótese é que os indivíduos se comportam como se fossem racionais e não que eles efetivamente são racionais. A teoria econômica não pressupõe que internamente cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivem.

Para uma parcela substancial de problemas, estes pressupostos não apenas são adequados, mas extremamente úteis. A racionalidade no dia a dia da vida está em todos os lugares. No entanto, em uma série de situações, principalmente aquelas envolvendo risco e incerteza, às vezes os agentes não se comportam da forma esperada. Os primeiros a investigar esses desvios comportamentais foram Daniel Kahneman e Amos Tversky com sua *Prospect Theory*[56] e sua importância é considerada tamanha que Kahneman foi agraciado com o Nobel em 2002 pelos seus estudos (Tversky já era falecido). A má notícia é que estes pesquisadores e seus seguidores demonstraram que o comportamento humano diverge do modelo econômico tradicional em várias circunstâncias. A boa notícia é que essa divergência é sistemática, isto é, ela não é aleatória. Como essa divergência possui um padrão, o comportamento humano continua sendo previsível, basta que adaptemos os modelos para incorporar limitações cognitivas.

Não está claro para a ciência ainda quão relevantes estes desvios comportamentais são para a compreensão da realidade social. Por exemplo, após a crise do *sub-prime*, alguns economistas têm alegado que o efeito manada (comportamento supostamente irracional[57]) é extremamente relevante, todavia, não está claro para mim se isso é inteiramente verdade. Será

[56] KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an Analysis of Decisions under Risk*, Econometrica, Vol. 47, n. 2 (Mar. 1979), pp. 263-292.

[57] Digo que o efeito "manada" é supostamente irracional porque pode ser explicado racionalmente utilizando-se o instrumental da economia dos custos de transação e assimetria de informação. Suponha que dado o custo e o benefício esperados de se obter mais informação sobre uma ação o agente opte racionalmente por permanecer ignorante (ignorância racional). Nesse cenário, seguir a tendência de mercado pode ser uma estratégia para se beneficiar das informações alheias. Se agentes suficientes adotarem essa estratégia, os preços podem cair e disparar um círculo vicioso que acaba forçando um movimento de baixa artificial. Assim, o comportamento seria individualmente racional, ainda que coletivamente o resultado não faça muito sentido.

que não estamos sofrendo os efeitos de um viés de disponibilidade, uma das formas de limitação cognitiva?

De qualquer forma, a investigação das circunstâncias em que o indivíduo diverge do comportamento racional é uma das áreas mais interessantes da fronteira do conhecimento econômico, uma mistura de economia, psicologia e neurologia chamada de neuroeconomia. Quando incluímos o direito nessa grande salada de saberes temos a Análise Econômica do Direito Comportamental, cuja bibliografia vem incorporando os *insights* providos por essas descobertas e vem crescendo dia a dia. Certamente essa é uma das áreas que mais promete contribuir para o desenvolvimento do direito[58], principalmente em áreas nas quais o elemento volitivo é relevante, desde contratos até defesa do consumidor.

3.8. Eficiência e Justiça

Finalmente, como não poderia deixar de ser, falarei um pouco sobre a suposta dicotomia entre eficiência e justiça. Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (i) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta, e (ii) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das conseqüências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável.

Assim, por exemplo, se foi feita uma escolha pública pela universalização do acesso a telefonia fixa, não há razão para que o mecanismo de implementação da universalização gere desperdícios, pois isso implicaria que outras necessidades permanecerão desatendidas quando poderiam ser satisfeitas com os recursos disponíveis ou ainda que mais pessoas poderiam ter acesso a telefone fixo mas não têm porque os recursos estão sendo desperdiçados. É difícil acreditar que qualquer um seja capaz de defender a manutenção de regras ineficientes.

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e. eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.

Por outro lado, em sociedades em que a distribuição de renda não é tão díspare como a nossa, há quem defenda que, na ausência de critérios éticos dominantes sobre o que é justo ou injusto, a eficiência seja utilizada como uma aproximação (*proxy*) da justiça[59], desconsiderando-se eventuais impactos redistributivos, dado que eventuais ganhos e perdas

[58] Apenas a título de exemplo, cfr. THALER, Richard e SUNSTEIN, Cass. Nudge: o Empurrão para a Escolha Certa. São Paulo: Campus-Elsevier, 2009.

[59] Por exemplo, KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2002.

tendem a ser mais bem distribuídos em sociedades mais igualitárias do ponto de vista da renda. Obviamente, em uma sociedade como a brasileira, essa postura não apenas seria inadequada como irresponsável. Chegará um dia em que a distribuição da renda não será mais um fator relevante em nosso país, mas esse dia não é hoje.

De qualquer forma, mesmo políticas públicas redistributivas devem ser eficientes e responsáveis. Não podemos criar um fetiche com a redistribuição como tem acontecido com inúmeros juízes, promotores, legisladores e agentes públicos Brasil a fora. O simples fato de uma medida redistribuir riqueza não é suficiente para caracterizá-la como moralmente boa ou ruim em si, muito menos como socialmente desejável. É necessário identificar e ponderar suas conseqüências para o agente afetado e para os demais grupos afetados. Lembrem-se, pessoas respondem a incentivos e mudarão seu comportamento se as regras mudarem. Nesse contexto, a AED pode contribuir para o julgamento informado.

A esta altura deve estar claro ao leitor que um juseconomista se vê como um praticante da "ciência da escolha humana" e é precisamente nessa qualidade que a abordagem econômica é de maior utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das conseqüências sociais de cada escolha. A abordagem econômica é um método que pode nos fornecer o arcabouço teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para nos auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social.

4. Conclusões

Uma das grandes vantagens de se adotar a metodologia juseconômica para a compreensão de fatos sociais e do direito é que ela é, em princípio, passível de comprovação empírica e, portanto, de falsificação. Nesse sentido, é razoável considerarmos as afirmações decorrentes de teorias econômicas empiricamente sólidas como sendo amplamente superiores aos ditos fatos intuídos com base meramente no senso comum. Enquanto proposições valorativas não podem ser provadas ou invalidadas e, portanto, não são passíveis de falsificação (apesar do que sustentam os Tópicos e sua razão prática), as conseqüências previstas por modelos econômicos podem ser testadas e rejeitadas ou melhoradas, caso não sejam adequadas aos fatos.

A possibilidade de refutação empírica torna o método juseconômico flexível e adaptável, no sentido de evoluir gradativamente à medida que teorias são falsificadas ou novos fenômenos não são explicáveis pelos modelos anteriores. Além disso, a teoria também é flexível na medida em que um pesquisador pode criar um modelo econômico inicialmente simples para então ir, gradualmente, relaxando seus pressupostos e/ou incluindo novos aspectos (i.e., outras variáveis) de forma a se aproximar mais do caso concreto até que a complexidade adicional (marginal) não mais compense o ganho marginal de precisão e se tenha em mãos uma aproximação da realidade útil o suficiente para seu propósito imediato.

A formalização de premissas e precisão de conceitos (linguagem mais rigorosa) no método juseconômico também é uma grande vantagem quando aplicadas ao direito. Dado que no mundo jurídico a palavra e seu significado têm poder e dada a influência da retórica tópica na metodologia jurídica moderna e sua capacidade de tudo relativizar em argumentação retórica, é extremamente comum entre juristas o abuso de conceitos e definições, que diariamente são distorcidos – na academia e nos tribunais – aos limites da irreconhecibilidade. A aproximação com a linguagem matemática levou naturalmente a que os termos em economia fossem estabelecidos de forma rigorosa e, portanto, flutuassem muito menos ao redor do significante do que no direito, diminuindo custos de informação, reduzindo ruídos no diálogo e possibilitando a construção de conhecimento sem intermináveis discussões

filológicas. Assim, a aplicação do método juseconômico pode nos auxiliar a gastar mais tempo discutindo idéias e conseqüências de nossas escolhas do que significados de palavras.

Na mesma linha, no método juseconômico as premissas do modelo, mesmo as implícitas, são mais transparentes do que no raciocínio jurídico tradicional, o que permite uma avaliação crítica muita mais fácil no primeiro caso do que no segundo. Em outras palavras, o método juseconômico – quando bem aplicado – requer a explicitação clara dos pressupostos sobre os quais o raciocínio é desenvolvido. Simplificações são feitas, presunções são realizadas, hipóteses são levantadas, todavia todas são geralmente explicitadas ou de fácil identificação. A incorporação desse hábito de transparência tornaria várias discussões mais proveitosas no direito.

Outra vantagem do método juseconômico é a sua flexibilidade para incorporar não apenas novo conhecimento econômico, mas também desenvolvimentos em outras áreas do conhecimento humano, como por exemplo, a ciência política, a sociologia, psicologia e a neurologia para explicar melhor certos fenômenos. A grande questão, é claro, será quando e como os modelos econômicos, que são simplificações da realidade, são bons o suficiente para guiar uma tomada de decisão. Essa compreensão, no entanto, dependerá não apenas do caso concreto e do modelo, mas também de um bom preparo do aplicador.

Convém alertar aqui também para os perigos da aplicação do método econômico para toda e qualquer questão. Há searas mais claramente afeitas a esse tipo de método e outras menos, bem como a possibilidade de conseqüências indesejáveis do imperialismo da economia. Todavia, esse alerta será mais produtivo após uma avaliação cuidadosa e livre de preconceitos da Análise Econômica do Direito e sua proposta.

Do exposto é possível se concluir que existe um amplo espaço dentro da metodologia jurídica atual para técnicas que auxiliem o jurista a melhor identificar, prever e explicar as conseqüências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (*ex ante*) e decisões judiciais (*ex post*). Em minha opinião, a AED é a proposta mais promissora para cumprir este papel, desde que se compreenda adequadamente sua metodologia e limitações. O grande problema é que seu emprego correto pressupõe um preparo que juristas e economistas brasileiros não recebem nos bancos das faculdades. Nem os primeiros são expostos às técnicas necessárias, nem os segundos são incentivados a explorar esse amplo ramo de atuação para a economia aplicada que pode ser a AED.

A verdade é que ambos os grupos ainda são resistentes ao diálogo. Do ponto de vista jurídico, tenho a profunda crença de que os dias de hermetismo e xenofobia no direito estão chegando ao fim. Já passou da hora de os juristas descerem de suas torres de marfim, de suas faculdades distantes, e começarem a estudar a realidade. Do lado dos economistas, está na hora de olharem um pouco menos para suas fórmulas matemáticas esteticamente estonteantes e um pouco mais para a realidade brasileira. Estudam-se demais modelos estrangeiros e pouca coisa é feita para nossa realidade local. A solução para questões brasileiras requer conhecimento local e criatividade. Estaremos melhores se trabalharmos juntos.

Nesse contexto, é conveniente e oportuno refletirmos sobre os limites e a utilidade desse diálogo para que bons frutos não sejam perdidos com debates e discussões inócuas decorrentes de desentendimentos e desinformação ou que o fascínio natural com o novo não nos leve a abusos que mais prejudicam do que auxiliam na compreensão melhor do mundo e na construção de um mundo melhor.

5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*: tomo I. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira *et alii*

(Trad.). São Paulo: Loyola, 2001.
ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Pietro Nassetti (Trad.) Coleção a obra-Prima de cada autor. v. 53. São Paulo: Martin Claret, 2007.
ARROW, Kenneth J. *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, The Journal of Political Economy, v. 58, n. 4, Aug., 1950, p. 328-346.
AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Great Minds Series. Amherst, NY: Prometheus Books, 2000 [1832].
BARROSO, Luis Roberto. *A Nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, pp. 56 e ss.
BECKER, Gary. *The Economic approach to human behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1990 [1976].
BLAUG, Mark. *The Methodology of Economics:* or how economists explain. 2nd ed. Cambridge Surveys of Economic Literature. Cambridge: Cambridge University, 1992.
BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Nello Morra (Comp) Márcio Pugliesi et alii (Trad.) São Paulo: Ícone, 2006.
BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Trad.). Revisão Técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: EdUNB, 1994 [1960].
CALABRESI, Guido, An exchange about law and economics: a letter to Ronald Dworkin, *Hofstra Law Review*, v. 8, 1980, p. 553-62.
COLEMAN, J., Efficiency, utility and wealth maximization, *Hofstra Law Review*, v. 8, 1980, p. 509-51.
COMTE, Isidore Auguste Marie François Xavier. *Discurso sobre o espírito positivo*. Antônio Geraldo da Silva (Trad.). São Paulo: Escala, [s.d.].
DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895].
DWORKIN, Ronald, Is wealth a value?, *Journal of Legal Studies*, v. 9, 1980, p. 191-226.
DWORKIN, Ronald, Why efficiency?, *Hofstra Law Review*, v. 8, 1980, p. 563-69.
DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.
DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Forense, 2001.
ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. J. Baptista Machado (Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbnekian, 1996.
GICO Jr., Ivo T. *Cartel*: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2006.
GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento do critical legal studies*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
HABERMAS, Jürgen. *Verdades e justificações*: ensaios filosóficos. Milton Camargo Mota (Trad.) São Paulo: Loyola, 2004.
HART, Herbert L. A. *Conceito de direito*. Armindo Ribeiro Mendes (Trad.) 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
HENDERSON, Hubert D. *Supply and demand.* Com introdução de J. M. Keynes. New York: Harcourt, Brace, 1922.
KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decisions under risk, *Econometrica*, v. 47, n. 2, mar. 1979, p. 263-292.
KANT, Immanuel. A Metafísica dos costumes. 2.ed. Edson Bini (Trad.). Clássicos Edipro. São Paulo: Edipro, 2008.
KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. *Fairness versus welfare*. Cambridge, Mass.: Harvard

University, 2002.
KATZ, Avery Wiener. Positivism and the separation of law and economics, *Michigan Law Review*, v. 94, n. 7, jun., 1996, p. 2229-2269.
KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. João Baptista Machado (Trad.) 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
KERKMEESTER, Heico. Methodology: General. Verbete 0400, p. 385. In: BOUCKAERT, Boudewijn e De GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of law & economics*. Disponível em: <http://users.ugent.be/~gdegeest/0400book.pdf>. Acesso em 30 abr 2009.
KRONMAN, Anthony T. Wealth maximization as normative principle, *Journal of legal studies*, v. 2, 1980, p. 227-43.
KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Perspectiva, 2007.
LARENZ, Karl. *Metodologia Jurídica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
LAWSON, Tony. The nature of heterodox economics, *Cambridge journal of economics*, v.30, n.4, p.483-505, 2006.
LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Klaus A. Ziegert (Trad.) Oxford Social Legal Studies. New York: Oxford University, 2008 [2004].
MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from posner to post-modernism and beyond*. Princeton university press, 2006.
MÜLLER, Ingo. *Hitler's justice:* the courts of the third reich. Com introdução de Detlev Vagts. Deborah Lucas Schneider (Trad.). Cambridge, Mass.: Harvard university, 1991.
PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. *The origins of law and economics*: essays by the founding fathers. Mass.: The Locke Institute, 2005.
PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*: a nova retórica. Vergínia K. Pupi (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000.
PLATÃO. *As leis*: incluindo *epinomis*. Com Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. Edson Bini (Trad.) São Paulo: Edipro, 1999.
POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 2.ed. Aspen: Law & Business, 1989.
POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 8.ed. São Paulo: Cultrix;Pensamento, 2000.
POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard university, 1990.
POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard university, 1983 [1981].
POSNER, Richard A., Utilitarianism, economics, and legal theory, *Journal of legal studies*, v. 8, p. 103-140, 1979.
RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3.ed. São Paulo: Martins, 2008 [1971].
REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
RIZZO, M., The mirage of efficiency, *Hofstra Law Review*, v. 8, p. 641-58, 1980.
ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 2nd Ed. London: Macmillan and Co., 1945.
ROBINSON, Joan. *The economics of imperfect competition*. London: Macmillan, 1933.
SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Metodologia jurídica. Série Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2005 [1814].
STANDFORD ENCUCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Verbete Methodological Individualism. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/ >. Acesso em 15 jul. 2009.
STOLLEIS, Michael. *The law under the Swastika: studies on legal history in Nazi Germany*. Thomas Dunlap (Trad.). Chicago: University of Chicago, 1998.
TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of law*. Cambridge: Cambridge University, 2004.
THALER, Richard e SUNSTEIN, Cass. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa. São Paulo: Campus-Elsevier, 2009.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (Trad.). v. 1. Brasília: UnB, 1991.
WIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Trad.) Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies:* analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1983 [1975].