

# PREFÁCIO DE *APLICAÇÕES DE DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL* \*

Fernando Araújo \*\*



s textos reunidos na antologia que tenho a honra de prefaciar têm em comum adotarem a perspectiva da Análise Económica do Direito – a perspectiva da escola de “*Law and Economics*” que, nascida há 60 anos, tem conhecido uma expansão e uma consolidação verdadeiramente notáveis, um pouco por todo o mundo, nas mais diversas ordens jurídicas e nos mais variados âmbitos académicos.

Sem querer entrar na análise de cada um dos textos, que pela sua variedade ilustram já a amplitude e fertilidade desta particular perspectiva, creio que será mais útil tecer algumas considerações sobre características comuns desse tipo de abordagem, revelando os seus pressupostos teóricos, e eventualmente os seus alicerces filosóficos, ou ideológicos<sup>1</sup>.

Colocada ostensivamente na intersecção entre Direito e Economia, a Análise Económica do Direito (doravante, AED) é sintomática de uma época de pensamento que tende para o pragmatismo, ou seja para um certo declínio do fascínio com grandes teorias de pendor dedutivista, para um cepticismo moderado

---

\* Timm, Luciano Benetti & Manoel Gustavo Neubarth Trindade (orgs.) (2021), *Aplicações de Direito e Economia no Brasil*, São Paulo SP, CEDES.

\*\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa.

<sup>1</sup> Sobre os tópicos seguintes, ver em especial o vol. 10 (“Methodologies of Law and Economics”) de De Geest, Gerrit (org.) (2009-2012), *Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition*, 10 vols., Cheltenham, Edward Elgar; Hatzis, Aristides N. & Nicholas Mercurio (orgs.) (2015), *Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions*, London, Routledge; Marciano, Alain & Giovanni Battista Ramello (orgs.) (2019), *Encyclopedia of Law and Economics*, New York, Springer; Miceli, Thomas J. (2018), *Contemporary Issues in Law and Economics*, London, Routledge; Parisi, Francesco (org.) (2017), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*, Oxford, Oxford U.P.

face às “narrativas” ideológicas, para algum relativismo ético, ou ao menos para algum agnosticismo axiológico – tendo por contrapartidas o reforço do indutivismo, da comprovação empírica, de uma epistemologia “falsificacionista”, tidas como vanguardas carismáticas no seio das ciências sociais; e a ascensão de um individualismo metodológico que, liberto da opressão de títulos e qualificações, preserva como valor máximo a abertura à descoberta dos mecanismos que suportam a realidade social tal como ela é, com um mínimo de “filtros” e de pré-compreensões.

Pragmatismo, portanto, também nesse sentido específico de se esperar que sejam os factos, as práticas, a imperar sobre toda e qualquer elaboração teórica – e não o inverso.

Trata-se, assim, de libertar a análise da realidade social – e em particular a análise das realidades jurídicas e económicas – dos constrangimentos filosófico-ideológicos do doutrinarmismo (a ideia de que caberia aos filósofos e ideólogos fornecerem arquétipos da evolução social, traçando os planos da respectiva “arquitectura”), reconhecendo que a prática, bem pelo contrário, floresce sem esses arquétipos, e lhes é grandemente refractária, e tende a reduzi-los (como Hegel intuía) a sínteses “crepusculares”, isto é, que já não vão a tempo de transformar o mundo.

Resgatada a AED do risco da “Torre de Marfim”, graças ao privilégio atribuído a essa perspectiva “*bottom up*”, daí resultam diversas consequências relevantes. A historicidade é devolvida ao Direito, reconhecendo-se:

1) que há muita “semântica económica” que se insinua na “sintaxe jurídica”, entrelaçando-se numa dialéctica “interesses / valores” que não é intermediada por qualquer teoria preexistente;

2) que os vínculos jurídicos – tal como os éticos – são eminentemente maleáveis, derrotáveis, reversíveis, porque não passam de instrumentos ao serviço de finalidades, individuais ou colectivas – sendo que esse carácter instrumental dos vínculos se reflecte na instrumentalidade das normas;

3) que essa instrumentalização pragmática, essa subordinação às finalidades práticas dos operadores do Direito e da Economia, torna insuficiente o “ponto de vista interno”, ou seja, a explicação dos fenómenos jurídicos e económicos com os simples termos técnicos utilizados pelos próprios operadores, visto que neles subsiste tanto de inarticulado, de inefável, se porventura prescindirmos do “ponto de vista externo”, e especificamente da ponderação das consequências visadas por aqueles que estão envolvidos naqueles fenómenos;

4) que a remoção de atribuições de liderança à teoria resolve muitos dos problemas de “fundacionalismo” e de “absolutismo” que embaraçariam o progresso do agnosticismo científico – o que equivale a dizer, no nosso tempo, o progresso científico “*tout court*”, todo ele assente em provas empíricas, conjecturas e refutações;

5) que o mundo de que trata a AED é o da racionalidade limitada, no qual a dialéctica “interesses / valores” se interpenetra com a ponderação “custo / benefício” na modulação do nível informativo e do emprego de recursos racionais, tudo sujeito à actividade de gente de carne e osso que parece não ter nascido para confirmar grandes teorias “*top down*”, mas nasceu certamente, inevitavelmente, para minimizar custos e maximizar benefícios em várias dimensões simultâneas, algumas delas conflituantes entre si, sem se exonerar de buscar equilíbrios de satisfação teleológica, dada a escassez prevalecte.

Como é de praxe realçar em qualquer introdução à AED, nela do que se trata é de “analisar”, não de “contestar”, de “demolir / reconstruir”: a vertente descritiva predomina largamente sobre a vertente prescritiva, ou normativa, que é residual.

Onde se abriga, então, o potencial revolucionário desta abordagem?

Abriga-se sobretudo na metodologia, na adopção deliberada do referido “ponto de vista externo”, na abertura à avaliação global das soluções jurídicas, ou das propostas económicas,

pelos valores agregados da “engenharia social”, medindo-lhes as consequências, comparando as que foram visadas com as que foram efectivamente alcançadas – sem o desdém velado da dogmática por essa preocupação com o que acontece fora da sua coesão arquitectónica, o desdém por aquilo que escapa da subsunção mecânica a “princípios” incensados como “permanentes”, o desdém por essa exaltação de “aquilo que realmente funciona”.

Só que, surpreendentemente, essa metodologia, que é alternativa à visão analítica, ao dedutivismo e à manipulação lógica, acaba, no seu modo de perscrutar a dimensão total do raciocínio do homem comum que opera nos registos da Economia e do Direito – e que é um raciocínio prudente, sensível tanto às planícies dos valores, que fornecem os meios, como aos interstícios dos interesses, que apresentam os fins –, é uma metodologia talvez mais fiel ao “ponto de vista interno” do homem comum, aquele que, ao raciocinar “contextualmente” e “instrumentalmente”, se debate, na contemporaneidade, por valores que são os de uma sociedade aberta, democrática, secularizada, agnóstica a valores, salvo os da militância materialista.

Nesse aspecto, poder-se-á dizer-se que a AED – ao menos em momentos de clarividência, de menor vassalagem a tecnicismos de iniciados – se tem proposto devolver o Direito e a Economia à compreensão do homem comum, à relevância social e política da ágora, resgatando aquelas disciplinas dos seus cativados em torres de marfim; consumando um pouco mais, afinal, o objectivo que uma sua antecessora, o “Realismo Jurídico norte-americano”, se tinha proposto alcançar.

Isto sem detrimento da observância dos cânones indutivistas das ciências sociais, como já referimos – com um tal escrúpulo que a própria tradição científica no Direito se viu obrigada, com o sucesso da AED, a inflectir alguma displicência pela interdisciplinaridade, pelos *standards* de prova, de divulgação e de partilha, reconhecendo que – salvo para os formalistas mais radicais – a ciência não progride se se cingir

deliberadamente à exegese daquilo que se presume ser um edifício que nasceu acabado, completo, congruente, em atitude a-histórica que se afigura ter nascido dos hábitos intelectuais da Teologia.

A reaproximação do Direito à Economia já seria prestigiante no referido ambiente materialista, onde a segunda ultrapassou, em carisma, o primeiro; mas a aproximação das normas metodológicas também fez muito, é inegável, para devolver prestígio e universalidade à “*scholarship*” jurídica.

Claro que o abandono do formalismo positivista, das premissões codificadoras, da “grande narrativa” do “sistema jurídico”, pode sugerir que o pragmatismo a que associamos a AED se fragiliza do ponto de vista científico, ficando à mercê dos assaltos do relativismo (ético ou cultural) favorecido pelas vanguardas pós-modernas.

Sem desconhecer que algumas aproximações já foram tentadas (algumas derivas em direcção àquilo que pitorescamente se designa por “filosofia continental”), sustentemos de novo que há mais agnosticismo do que relativismo a presidir aos propósitos de observação de gente de carne e osso: uma vontade de não sobrecarregar de pré-compreensões, ou preconceitos, aquilo que se busca nos factos, de modo a que os factos recuperem a sua eloquência, e a ciência possa progredir na explicação dos fenómenos; e, suplementarmente, a adopção de uma meta-ética intuicionista e não-cognitivista que pretende ser a melhor representação do mundo valorativo que floresce “*extra muros*”.

O “anti-fundacionalismo”, outra tendência que se associa à AED e que converge com teses pós-modernas, quer sobretudo dizer, no âmbito da AED, que esta orientação favorece um indutivismo com particular respeito pela comprovação empírica, pela recolha estatística, pela elaboração econométrica; mas quer também dizer que, quer nas actividades observadas, quer na própria observação que as toma por objecto, há um papel atribuído à “intuição”, ou seja, a formas de reconhecimento e de

sedimentação de conhecimento novo que, dispensando uma articulação perfeita ou uma justificação exaustiva, bloqueia a queda da metodologia da AED na regressão infinita do “fundacionalismo”.

Fornece-se em alternativa uma mera identificação das crenças irremovíveis que, povoando toda a experiência consciente, esgotam as explicações teleológicas que podem ser legitimamente aditadas aos comportamentos observados (ainda que se compreenda a preservação do conceito de “objectividade” como “ideal regulatório”, ou como “ponto focal” para a formação de consensos)<sup>2</sup>.

Como toda a metodologia que pretenda ser “*evidence-based*”, esta propende para o reducionismo – um princípio explicativo que tende a ocupar o vácuo deixado pelo repúdio do “fundacionalismo” (em termos simples, a recusa de legitimação por “cadeias hierárquicas” abre espaço para atribuições simplificadoras e monotónicas).

Isso tornaria mais complexo o estatuto epistemológico da AED, se não se registasse já antes, como vimos, uma confluência de pragmatismo metodológico com um sincretismo de perspectivas autorizado pela adopção do referido “ponto de vista externo”: o “*whatever works*” do pragmatismo ético espelha-se na própria metodologia que o toma por objecto de análise.

É nesse pragmatismo que encaixa o papel atribuído pela AED, mormente na sua vertente institucionalista, ao “conhecimento tácito” que alicerça, de forma intuitiva (não-articulada) a compreensão do homem comum, o modo como adquire e digere conhecimento novo e sujeita esse processo às limitações informativas e racionais que, se por um lado comprometem paradigmas de optimização, por outro lado tornam necessária, e viabilizam, a complementaridade da qual nascem a colaboração e as trocas.

---

<sup>2</sup> Levine, Steven (2019), *Pragmatism, Objectivity, and Experience*, Cambridge, Cambridge U.P., 21-42.

O que por sua vez torna em parte desnecessárias as proclamações “anti-teoréticas”, que uma vez por outra irrompem nos domínios da AED; até porque há, para lá de uma veneração pela teoria como meta da ciência (apenas são repudiados, da teoria, o dogmatismo, a taxonomia escolástica, e o dedutivismo), uma epistemologia própria, que não interessa aqui escarpelizar detidamente, salvo para identificar nela alguns traços do “falsificacionismo” Popperiano, em *aggiornamento* das velhinhas teses do Realismo Jurídico (o jurisprudencialismo, a correspondência entre objectivos de síntese e de previsão, o anti-doutrinarismo jurídico, a meta-ética republicana)<sup>3</sup>.

Aceitem-se, contudo, essas proclamações “anti-teoréticas” como simples apelos ao senso-comum, porventura apelos subtis a uma reabilitação explícita do papel da retórica – aquela que precisamente demarca a ágora (onde ela vigora), da torre marfim (onde ela é destronada por uma noção triunfalista e rígida de “teoria”).

Desnecessárias, sim, mas só em parte: tal como as abordagens pioneiras de Ronald Coase foram determinantes para quebrar o encantamento de decênios de “*high theory*” microeconómica pela formalização matemática e pelas ilusões de rigor induzidas por esta, ainda hoje algumas proclamações “anti-teoréticas” na AED são apelos à simplicidade e parcimónia das proposições científicas: no fundo, apelos à recuperação de alguma relevância pragmática e política da própria teoria, uma relevância dissipada por tecnicismos esotéricos, por ostentações de complexidades, por idolatrias de fórmulas, por excessos de especialização e de demarcação temática.

E num ponto ainda o tom anti-teorético se justifica, na abertura a um certo “sociologismo” que serve não somente para justificar as ponderações consequencialistas que se espraiam até

---

<sup>3</sup> Díez, Jose (2007), “Falsificationism and the Structure of Theories: The Popper-Kuhn Controversy about the Rationality of Normal Science”, *Studies in History and Philosophy of Science*, 38, 543-554.

ao nível da política – como é suposto que suceda em verdadeiras ciências *sociais* – como também para obviar a uma das críticas mais certas formuladas ao Realismo Jurídico de há um século: o de, com a sua ênfase no jurisprudencialismo, subscrever uma visão quase-exclusivamente contenciosa, patológica, da vida do Direito (desconsiderando o papel conformador de instituições não-adjudicadoras, e mais ainda o papel desempenhado pela liberdade jurígena dos actores sociais / agentes económicos, como ela se manifesta, por exemplo, no recurso à via dos contratos).

Não obstante a sua génese académica e o seu fulgurante sucesso científico – uma razão importante para a modéstia dos propósitos por ela anunciados –, a AED teve também uma ambição institucional directa, e essa foi a de moldar a jurisdição através da doutrinação dos juízes: um objectivo de grande alcance no meio do “*Common Law*”, e de alcance crescente nos países de “*Civil Law*” expostos ao activismo “principalista” e “decisionista” do neoconstitucionalismo.

Tratava-se de enriquecer a prática judiciária e adjudicatória com a sensibilidade às consequências das decisões, reconhecendo que, num mundo repleto de entraves à optimização dos interesses em jogo na interdependência social, é possível dirimir litígios que, de alguma forma, removam ou reduzam esses entraves, proporcionando não somente um incremento “Paretiano” de bem-estar para todas as partes envolvidas (ou evitando, ao menos, a agudização ou perpetuação das perdas de bem-estar tradicionalmente indetectadas), mas também a formação do consenso ditado pela necessidade social que, na perspectiva pragmatista, substitui com vantagem a noção de “verdade”, e portanto a condição primacial de que depende o reconhecimento, e o acatamento, da decisão judicial.

Além disso, a doutrinação no consequencialismo acarretaria – idealmente – uma perspectiva funcionalista sobre a jurisdição: ao juiz ficava não somente conferida a possibilidade de ser o promotor de um óptimo distributivo / alocativo, mas abria-



se-lhe também a possibilidade de, através da sua decisão, arquitectar consequências de longo prazo nos equilíbrios inter-pessoais, mesmo aquelas que ultrapassem o horizonte de previsão das partes no litígio.

Ou seja, um óptimo duradouro e consolidado, que permitiria transformar os tribunais em grandes conciliadores dos valores da Justiça e da Eficiência – valores que, da perspectiva da AED, longe de se contradizerem, tendem a convergir à sombra da cultura materialista. Insinuando-se aqui uma margem subtil de persuasão e de paternalismo que, nas sociedades abertas, é um progresso “legitimador” face ao emprego da coerção, a “*ultima ratio*” que tradicionalmente se dizia alicerçar, com toda a crueza, o poder dos juízes.

Ou seja, o funcionalismo e o consequencialismo nunca foram somente pressupostos analíticos da AED, ainda que tenha sido esse o seu papel principal; foram também, nitidamente, objectivos programáticos, de interferência e aprimoramento da “*Law in Action*”, explorando ainda o facto de, na nossa cultura materialista, serem de esperar mais consensos sociais sobre objectivos do que sobre meios para alcançar esses objectivos (uma razão suplementar para se valorizar as ponderações de eficiência, que tendem a ser puramente quantitativas no que respeita a esses meios)<sup>4</sup>.

Por fim, a mesma sociedade que acarinhou o progresso científico da AED é uma sociedade na qual a ética utilitarista tem prosperado, legitimando as democracias liberais e, dentro delas, os valores da cooperação social e da produtividade, os quais, colocados – também pelo Direito – ao serviço da maximização do bem-estar, passam a transcender o minimalismo hedónico que caracterizou os alvares do utilitarismo, bastando para isso que haja – ou se incuta – a consciência relativa à estrutura económica que se abriga na “sintaxe jurídica”, propiciando uma

---

<sup>4</sup> McElwee, Brian (2010), “The Rights and Wrongs of Consequentialism”, *Philosophical Studies*, 151, 393-412.

harmonização entre Direito e Economia que seja susceptível de colocar ambos ao serviço do progresso individual e colectivo<sup>5</sup>.

Vai longo este prefácio, e é altura de remeter o leitor para os textos que compõem o corpo da obra, todos dedicados a aplicações da metodologia da AED a temas variados, e todos assinados, em colaboração com um grupo distinto de autores, pelo Professor Luciano Benetti Timm.

Conheci o Luciano Timm há uns anos, e desde o primeiro instante admirei o seu dinamismo na promoção da AED no espaço brasileiro – promoção para a qual eu modestamente contribuí, por vezes no terreno, colaborando com ele numa variedade de iniciativas que, colocadas agora em perspectiva, constituem o primeiro grande esforço sistemático de divulgação da disciplina no espaço académico, e até no âmbito judicial.

O sucesso que a AED tem hoje no Brasil deve-lhe muito, a ele e a um grupo coeso de jovens académicos que, crente no potencial teórico e prático desta nova abordagem, venceu resistências, distâncias e desânimos, e foi mobilizando mais e mais “capital humano”.

Os textos que se seguem são pois, à sua maneira, um legado dessa obra; são o registo de um percurso que valeu a pena – ou melhor, tem valido, e continuará a valer a pena, ao longo de todo o caminho que, com ânimo inabalado, há a percorrer.

---

<sup>5</sup> Frega, Roberto (2019), *Pragmatism and the Wide View of Democracy*, Cham, Palgrave Macmillan, 209-393.