V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, EDUCAÇÃO EPISTEMOLOGIAS, METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO E PESQUISA JURÍDICA I

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

ALBERTO VILLAGRAN BEVILACQUA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, educação, epistemologias, metodologias do conhecimento e pesquisa jurídica I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Alberto Villagran Bevilacqua, Felipe Chiarello de Souza Pinto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-248-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Educação. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, EDUCAÇÃO EPISTEMOLOGIAS, METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO E PESQUISA JURÍDICA I

Apresentação

Nos dias 8, 9 e 10 de setembro, na cidade de Montevidéu, no Uruguai, em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, sob o tema: “Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina”, estiveram reunidos os participantes do Grupo de Trabalho DIREITO, EDUCAÇÃO EPISTEMOLOGIAS, METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO E PESQUISA JURÍDICA sob a coordenação dos Professores Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (Mackenzie) e Prof. Dr. Alberto Villagran Bevilacqua (Facultad de Derecho Universidad de la República). Em momento extremamente oportuno para um repensar crítico das questões interdisciplinares os trabalhos foram conduzidos de modo a oferecer a todos perspectiva sistemática sobre os temas mencionados.

Para facilitar o aproveitamento pelo leitor dos assuntos tratados neste Grupo de Trabalho, os Coordenadores separaram os artigos do seguinte modo.

O primeiro se iniciou com o artigo da María Rosario Lezama Fraga “VIDEOS ESTUDIANTILES: UNA ESTRATEGIA DIDÁCTICA INNOVADORA PARA APRENDER DERECHO Y EVALUAR COMPETENCIAS EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA” que se apresenta com a filmagem de um vídeo, contendo um problema da sociedade romana antiga e apresenta as alternativas que oferecem o direito romano do passado para corrigi-lo. O objetivo é mencionar uma estratégia de ensino por meio de um processo de construção de conhecimento e aprendizagem pelos alunos e não o próprio vídeo. Além disso, é uma forma de avaliar conhecimentos e habilidades, bem como uma oportunidade de "aprender fazendo".

Em específico os autores Jessie Coutinho de Souza Tavares e Monica Mota Tassigny apresentaram o artigo “A COMPLEXIDADE DO CONHECIMENTO E A PESQUISA EMPÍRICA NO DIREITO A PARTIR DA UTILIZAÇÃO DE MODELO ESTATÍSTICO” que se trata de estudar o processo de formação de um corpo discente, a pesquisa no campo do direito se propõe a desmistificar a complexidade do ordenamento jurídico frente à realidade. A partir de pesquisa descritiva e exploratória, este trabalho teve como objetivo caracterizar um modelo estatístico como via profícua na superação da perspectiva unicamente bibliográfica na área do Direito.

Por sua vez, o artigo “AS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AO ENSINO DO DIREITO: POR UM NOVO PARADIGMA” das autoras Camila Mabel Kuhn e Isabele Bruna Barbieri veio contribuir ao GT por meio de críticas do modelo de ensino jurídico na atualidade, objetivando apresentar uma justiça restaurativa, como a possibilidade de agregar as práticas de ensino do direito, rompendo com a prática da violência advinda do atual modelo positivista e formal.

Em seguida se apresentaram Mariana Moron Saes Braga e Rodrigo Maia de Oliveira com o artigo “COAUTORIA NOS GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO” desejando desvendar por meio de seus estudos se os líderes de grupos de pesquisa em Direito publicam em colaboração com membros do seu grupo.

Foi apresentado pelos autores Fernanda Fortes Litwinski e Tatiana Fortes Litwinski o artigo “É VIÁVEL UTILIZAR O MÉTODO HISTÓRICO NA PESQUISA EM DIREITO?” objetivando mencionar que em metodologia de pesquisa em Direito leciona-se que o método histórico visa a produção de registro fiel do passado por meio de um questionamento principal que é sobre a viabilidade da consecução do método atualizado na pesquisa em Direito, sem reducionismos, assim como sua indispensabilidade.

O artigo “EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PÓS-GRADUAÇÃO NO BRASIL, NOVOS RUMOS DO DIREITO, CRISE ATUAL DO ENSINO JURÍDICO E MÉTODO DO CASO: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL COMPATÍVEL COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” apresentado por Cleber Sanfelici Otero e Tamara Simão Arduini abordando sobre o papel dos programas de pós-graduação no Brasil, o seu desenvolvimento histórico e a situação do ensino jurídico na contemporaneidade. Sugeriram-se a introdução adicional de novos métodos de ensino, com destaque para o método de casos em face do novo modelo processual fundado na formação dos precedentes jurídicos.

Foi oferecido também alegando um enfoque que se encontra na pauta jurídico-política da atualidade: a Ética. O artigo “LEVANDO A ÉTICA A SÉRIO NO ENSINO JURÍDICO” pelo autor Rodrigo Chamorro da Silva.

Apresentou ainda um Mapa Mental informando que é preciso o desenvolvimento e a aplicação de novas metodologias de ensino, que favoreçam a mudança do modelo mental dominante, o pensamento sistêmico, a comunicação imagética e significativa por meio do artigo “MAPA MENTAL NO ENSINO JURÍDICO” dos pesquisadores Frederico de Andrade Gabrich e Luiza Machado Farhat Benedito.

De acordo com os pesquisadores Heloisa Melino de Moraes e Vanessa Oliveira Batista Berner no artigo “O ENFRENTAMENTO AO MACHISMO NAS UNIVERSIDADES E A CULTURA DE ESTUPRO: POR QUE PRECISAMOS FALAR DE GÊNERO NA EDUCAÇÃO?” discorreram sobre o tema de gênero nas universidades fazendo uma relação entre o saber-poder e a cultura de estupro.

Olga Suely Soares de Souza através do artigo “O PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DO CURSO DE DIREITO DA FASB: NA PERSPECTIVA DA INTERDISCIPLINARIDADE” analisa os quatro anos de aplicação do projeto com o intuito de definir quais são as suas contribuições efetivas no curso de Direito da FASB. A título de resultado parcial, demonstrou o desenvolvimento da leitura e escrita dos acadêmicos do curso de Direito da FASB.

Por fim, foi apresentado o artigo “PESQUISA JURÍDICA NO BRASIL E AS POSSIBILIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO” dos autores Joana Stelzer e Rafael de Almeida Pujol objetivando fazer a Análise Econômica do Direito (AED), mormente pelas possibilidades hermenêutico-científicas e contribuição da Ciência Econômica.

As discussões desencadeadas por este Grupo de Trabalho se mostraram muito interessantes, colaborando para o engrandecimento do encontro.

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

Prof. Dr. Alberto Villagran Bevilacqua (Facultad de Derecho Universidad de la República)

PESQUISA JURÍDICA NO BRASIL E AS POSSIBILIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN BRASIL Y LAS POSIBILIDADES DE LA ANÁLISIS ECONÓMICA DEL DERECHO

Joana Stelzer
Rafael de Almeida Pujol

Resumo

Há necessidade do Direito como Ciência vencer a pureza kelseniana pela adoção de metodologias e aportes inerentes a outras áreas das Ciências Sociais. Assim, apresenta-se a Análise Econômica do Direito (AED), mormente pelas possibilidades hermenêutico-científicas e contribuição da Ciência Econômica. Trata-se de pesquisa pura, qualitativa, com método de abordagem crítico indutivo. Os meios foram bibliográficos e interpretação predominantemente teleológica. Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva. Os resultados foram apresentados em forma de textos. Resulta da presente proposta a necessidade de lançar olhar sobre conceitos como eficiência e maximização inerentes da AED na pesquisa jurídica, afastando-se do subjetivismo de critérios.

Palavras-chave: Pesquisa em direito, Análise econômica do direito, Ciência econômica

Abstract/Resumen/Résumé

Existe la necesidad del derecho como Ciencia superar la pureza kelseniana mediante la adopción de metodologías y contribuciones inherentes en otras áreas de las ciencias sociales. Así se presenta el Análisis Económico del Derecho (AED), en especial las posibilidades hermenéuticas-científica y la contribución de la Ciencia Económica. Se trata de investigación pura, cualitativa, método de abordaje crítico inductivo. Los medios fueron bibliográficos, interpretación teleológica y descriptiva. Los resultados vinieron como textos. Como resultado, la necesidad de tener en mira conceptos como la eficiencia y la maximización inherente de la AED en la investigación jurídica, alejándose de los criterios de subjetivismo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pesquisa en derecho, Análisis económica del derecho, Ciencia económica

1 Introdução

Em que pesem os avanços notáveis nos últimos vinte anos, há efetiva tendência em afirmar que a pesquisa científica em Direito no Brasil apresenta "relativo atraso frente às outras áreas de pesquisa em Ciências Humanas" (NOBRE, 2002, p. 5). Não se adentrando na questão quanto à possibilidade de se fazer Ciência em Direito; é preciso discutir porque esse (possível) movimento de demora existe e apontar possíveis alternativas de consolidação. Marcos Nobre (2002, p. 5) entende que existem razões combinadas decorrentes de dois fatores: o isolamento do Direito em relação a outras disciplinas, e a confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica. Em verdade, o purismo kelseniano (KELSEN, 1999), pregando que Direito é a lei, leva ao distanciamento da Ciência Jurídica com relação às demais Ciências Sociais. Miguel Reale (2001, p. 60) e seu tridimensionalismo já asseverou que Direito é fato, valor e norma. Da mesma forma, em relação ao isolamento do Direito, a sua vez, Miaille (2005, p. 64) já propôs a necessidade de comparação entre o Direito e outras Ciências – exatas e sociais; ainda destacando o quanto os juristas ignoram os itinerários de outros cientistas.

Referentemente à confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica, de forma empírica, percebe-se na academia que as pesquisas jurídicas são, comumente, parciais, e direcionadas para o resultado pretendido. Por esse motivo, segundo Nobre (2002, p. 6), "os cientistas sociais ainda costumam olhar com desconfiança a produção teórica em Direito, já que aí não encontram os padrões científicos requeridos". Constata-se, mesmo, que há considerável dispersão das pesquisas sobre Teoria do Direito no Brasil, em que cada pesquisador estuda assuntos de forma isolada, sem comunicação com os demais pesquisadores no País. Além disso, percebe-se real tendência dos pesquisadores em assumir posições excessivamente abstratas e inadequadas para dar resposta aos problemas que realmente importam (ATIENZA, 2015).

Partindo-se da premissa de que os problemas apontados pelos referidos autores existem e de que seu enfrentamento é indispensável para o avanço da Ciência Jurídica, faz-se necessário apresentar caminhos para lidar com essas questões. Uma das possíveis soluções apontada pela doutrina é a utilização do ferramental metodológico da Ciência Econômica no Direito. Sob tal pano de fundo, a presente investigação defronta-se com o seguinte problema: pode a Ciência Econômica no Direito, especialmente sob a denominada *Law and Economics* (ou Análise Econômica do Direito - AED), propor método que contribua para a compreensão de fenômenos jurídico-sociais, em auxílio à pesquisa jurídica?

Não se trata, cumpre frisar, da proposta de Miaille de utilização das teorias desenvolvidas por Marx, ou, para instituir uma 'verdadeira ciência jurídica' (MIAILLE, 2005, p. 65), com possibilidade de abarcar a ideia de complexidade das relações, ou, ainda, o Direito como instância de um 'todo complexo com dominante', sendo, a economia este dominante. Na presente investigação, tem-se como temática central a utilização da AED enquanto método rigoroso de análise jurídica, embora não se tenha a pretensão de dizer ou criar uma 'verdadeira ciência jurídica'. Pelo menos, não é esta a visão reducionista ou de mero economicismo que se adota. A pesquisa em AED revela sua importância, pois consiste em abordagem diferenciada dos problemas colocados pelos cientistas jurídicos, em virtude de utilização de técnicas já amplamente utilizadas nas pesquisas da Ciência Econômica. A adaptação dessas técnicas aos problemas da Ciência Jurídica, contudo, não é simples e requer dedicação ao longo do tempo.

Assim sendo, foram perseguidos os seguintes objetivos para responder à demanda de pesquisa: descrever aspectos destacados da afirmação científica enquanto método, frisando a forma desigual como ocorreu em distintas áreas do saber; elucidar os diversos sentidos (e os descaminhos) que os conceitos de eficiência e maximização da riqueza possuem quando se utiliza a AED; e, avaliar a AED como opção metodológica à pesquisa em Direito no Brasil.

A pesquisa justifica-se, pois a AED enquanto método, é capaz de elucidar os diversos sentidos que os conceitos de eficiência e maximização da riqueza possuem, fazendo com que o pesquisador (ou mesmo o aplicador do direito) seja obrigado a ponderar se critérios tidos por justos não findam por acarretar ganhos privados em detrimento dos custos sociais, em virtude do subjetivismo da norma. Dessa maneira, enquanto opção metodológica à pesquisa em Direito no Brasil, almeja-se estimular investigações críticas que dialoguem com a intervenção econômica dos resultados. A matriz teórica que orienta a presente investigação envereda pelas obras de renomados autores no âmbito das teorias sobre o conhecimento científico, como Paul Feyerabend, Thomas Kuhn e Karl Popper; e, no âmbito do Direito e Economia, a pesquisa possui esteio em Richard Posner, Everton Gonçalves, Joana Stelzer, Bruno Meyerhof Salama, entre outros.

Quanto à natureza, trata-se de pesquisa pura, com abordagem do problema e avaliação de dados de maneira qualitativa. O método de abordagem utilizado foi o crítico indutivo, auxiliado pela perspectiva tipológica (em virtude da investigação buscar modelo para a análise e compreensão de casos concretos). Os meios foram bibliográficos, com destaque para consagradas obras doutrinárias e interpretação predominantemente teleológica. Quanto aos fins, a pesquisa apresentou-se de cunho descritivo. Os resultados foram apresentados em forma de textos.

2 O método científico nas Ciências Sociais: as escolhas do cientista e o mito da isenção e pureza da ciência

Quem se propõe a realizar uma pesquisa acadêmica tem a si apresentado, como um dos primeiros problemas, a escolha do método para a condução e realização do trabalho. Método é a forma de ordenar, intencionalmente, os procedimentos com o objetivo de alcançar dado resultado pretendido e, possivelmente, resolver o problema colocado (REALE, 2001, p. 9).

A utilização de específico método científico conferiria confiabilidade aos resultados encontrados, o que não acontece se estes são obtidos de forma randômica. Isso acontece por que há uma crença amplamente difundida de que existe algo de muito especial na Ciência[1] e seus métodos; qual seja, a autoridade e superioridade presumida do conhecimento que se denomina "científico" em comparação a outras formas de conhecimento. Entretanto, paradoxalmente, não existe método que possibilite às teorias científicas serem provadas como verdadeiras de forma absoluta, como, inclusive, chama a atenção Chalmers (1993, p. 13).

Feyerabend (1977, p. 36) defendeu ainda que além da "inexistência de verdade absoluta" no método científico, a transgressão do método e a utilização de outras formas de conhecimento é necessária para o avanço da Ciência; destarte, a própria Ciência não seria, assim, melhor do que mitos e crenças, apenas diferente. O desenvolvimento da Ciência ocorreu em distintos locais do mundo de forma desigual, percorrendo caminhos diferentes. A adoção de determinados pontos de partida para o estudo de um objeto; bem como, a própria escolha pelos 'roteiros' tomados é determinada por fatores, muitas vezes, externos à Ciência.

[1] "O termo ciência está reservado, em grande medida, para aquelas áreas que progridem de uma maneira óbvia. Mais do que em qualquer outro lugar, nota-se isso claramente nos debates recorrentes sobre a cientificidade de uma ou outra ciência social contemporânea. Tais debates apresentam paralelos com os períodos pré-paradigmáticos em áreas que atualmente são rotuladas de científicas sem hesitação. O objeto ostensivo dessas discussões consiste numa definição desse termo vexatório. Por exemplo, alguns argumentam que a Psicologia é uma ciência porque possui tais e tais características. Outros, ao contrário, argumentam que tais características são desnecessárias ou não são suficientes para converter esse campo de estudos numa ciência. Muitas vezes investe-se grande quantidade de energia numa discussão desse gênero, despertam-se grandes paixões, sem que o observador externo saiba porquê. Uma definição de ciência possui tal importância? Pode uma definição indicar-nos se um homem é ou não um cientista? Se é assim, por que os artistas e os cientistas das ciências da natureza não se preocupam com a definição do termo? Somos inevitavelmente levados a suspeitar de que está em jogo algo mais fundamental. Provavelmente estão sendo colocadas outras perguntas, como as seguintes: por que minha área de estudos não progride do mesmo modo que a Física? Que mudanças de técnica, método ou ideologia fariam com que progredisse? Entretanto, essas não são perguntas que possam ser respondidas através de um acordo sobre definições. Se vale o precedente das ciências naturais, tais questões não deixariam de ser uma fonte de preocupações caso fosse encontrada uma definição, mas somente quando os grupos que atualmente duvidam de seu status chegassem a um consenso sobre suas realizações passadas e presentes" (KUHN, 1970, p. 202).

Fatores culturais, políticos e econômicos sempre influenciaram os rumos da Ciência e, consequentemente, de seus resultados.

Determinadas descobertas só ocorreram em período histórico especifico pela razão da conjuntura de fatores externos às pesquisas. Galileu teria comprovado, ainda, no Século XVII (precedido pelos estudos de Copérnico, no Século XVI) que a Terra não era o centro do Universo; confrontando a Teoria Geocêntrica, defendida pela Igreja Católica; essa hipótese já havia sido prevista por Aristarco de Samos, no Século III a. c, poucos anos depois de Aristóteles, defensor da Teoria Geocêntrica (ROSA, 2012, p. 423). Porém, no contexto histórico, cultural e; consequentemente, político e econômico em que Galileu estava inserido, este avanço não era bem vindo. Naquele período, a influência da Igreja Católica era sentida ou percebida em vários setores da vida privada e pública, e Galileu se viu obrigado a negar suas descobertas.

Da mesma forma, mas em sentido oposto, as teorias evolucionistas eclodiram na Europa no Século XIX de forma praticamente simultânea. Charles Darwin publicou 'A origem das Espécies por meio da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na luta pela vida' em 1859 (DARWIN, 2014), e as teorias evolucionistas antropológicas ganharam força no final do Século XIX[2]. Existia uma conjuntura cultural, política e econômica propícia para o surgimento dessa Teoria, não se podendo atribuir ao acaso que essas duas correntes evolucionistas tenham ganhado importância no mesmo período. O conhecimento, ou melhor, a hipótese evolucionista já existia antes do Século XIX, mas, evidentemente, não era interessante propagá-la em outro momento histórico.

Além desses fatores, há a necessidade de aceitação da própria comunidade acadêmica como fator de validação de uma hipótese. Em artigo sobre a História da Ciência, Goulart (2005, p. 5) relata sua experiência pessoal ao afirmar que:

[2] Laplatine (2003, p. 49) afirma: "Procuremos ver mais de perto em que consiste o pensamento teórico dessa antropologia que se qualifica de evolucionista. Existe uma espécie humana idêntica, mas que se desenvolve (tanto em suas formas tecnoeconômicas como nos seus aspectos sociais e culturais) em ritmos desiguais, de acordo com as populações, passando pelas mesmas etapas, para alcançar o nível final que é o da civilização". A partir disso, convém procurar determinar cientificamente a sequência dos estágios dessas transformações. O evolucionismo encontrará sua formulação mais sistemática e mais elaborada na obra de Morgan e particularmente em Ancient Society, que se tornará o documento de referência adotado pela imensa maioria dos antropólogos do final do século XIX, bem como na lei de Haeckel. Enquanto para de Pauw ou Hegel as populações "não civilizadas" são populações que, além de se situarem enquanto espécies fora da História, não tem história em sua existência individual (não são crianças que se tornaram adultos atrasados, e sim crianças que permanecerão inexoravelmente crianças), Haeckel afirma rigorosamente o contrário: a ontogênese reproduz a filogênese; ou seja, o indivíduo atravessa as mesmas fases que a história das espécies. Disso decorre a identificação – absolutamente incontestada tanto pela primeira geração de marxistas quanto pelo fundador da psicanálise – dos povos primitivos aos vestígios da infância da humanidade".

> Tive ocasião de observar, no decorrer de nove anos como professora da disciplina de Evolução da Física, que a maioria dos estudantes tende a estranhar que para alcançar o *status* de teoria científica a comprovação de uma hipótese necessite da apreciação no meio acadêmico. Na concepção destes estudantes, a comprovação de uma hipótese é razão necessária e suficiente para o estabelecimento de uma teoria científica. Ou seja, estes alunos não percebem que o conhecimento científico é a propriedade comum de um grupo (Kuhn, 1989); um grupo científico é um grupo social. A História da Ciência compreende a história deste grupo e a de seus construtos. Um outro fato que me provoca a escrever sobre as relações necessárias entre a História da Ciência e a Formação de Professores de Ciências relaciona-se com uma questão que tem sido colocada pelos futuros professores com certa frequência: Se não houvesse um Newton haveria a Gravitação Universal, por exemplo? Isto indica que estes alunos pensam nos cientistas como pessoas especiais, sem as quais a Ciência não evoluiria. No entanto, estudos de História da Ciência nos mostram que a realidade da produção científica não é bem assim. Por exemplo, Koyré (1968) e Cohen (1981) mostram que a ideia de gravitação universal circulava entre cientistas do Século XVII. A História da Ciência pode desmitificar a Ciência e os cientistas, tornando ambos mais humanos.

As condições para o surgimento de uma dada teoria não seriam, assim, randômicas. Aspectos econômicos, culturais, éticos e morais influenciam no desenvolvimento da Ciência, possibilitando ou impedindo o seu avanço.

Para Kuhn, estes momentos históricos que confluíam para o surgimento de uma teoria surgiam em razão de um novo paradigma, que abalava, por assim dizer, com o paradigma científico anterior em vigor. Um paradigma é o fundamento sobre o qual a comunidade cientifica desenvolve suas atividades; “uma base ontológica, princípios teóricos fundamentais, metodologia, dentre outros requisitos” (KUHN, 1970, p. 45). A evolução da ciência dar-se-ia, assim, por meio de revoluções que romperiam com o paradigma anterior, para o surgimento de um novo repensar da fenomenologia.

Entretanto, ao defender-se a influência de fatores externos no desenvolvimento da Ciência, 'não se pretende validar teorias historicistas'; apesar do enorme apelo emocional que o historicismo provoca em razão da ideia de se estar sendo levado para o futuro por uma força irresistível ou uma lei imutável (POPPER, 1980, p. 84). A análise do contexto histórico ocorre, neste ponto, para o passado, e não como ponte para o futuro, em sentido prognóstico.

Com base no exposto, é ingenuidade ou presunção acreditar que as pesquisas realizadas nos Séculos XX e XXI seriam isentas de influências. O avanço tecnológico e científico dos últimos dois séculos foi enorme, mas não é livre, e muito menos despretensioso. Assim, a descentralização do poder e a diminuição do Estado ocorridas principalmente no final do Século XX e início do Século XXI não determinaram o fim da influência de fatores externos no desenvolvimento científico. Ocorreu, apenas, verdadeiro e efetivo deslocamento de poder. O que era antes determinado por outros fatores, como o poder da Igreja e do Estado;

nos Séculos XX e XXI passou a ser determinado por 'fatores majoritariamente econômicos' e o poder econômico ultrapassa as barreiras geopolíticas, históricas e culturais.

Voltando-se à distinção entre conhecimento científico e outras formas de saber, cumpre evidenciar que, para Popper (1977, p. 43), o "critério que determina a cientificidade" de uma teoria e distingue o conhecimento científico de outras formas de conhecimento é a possibilidade de falseá-la. A partir da dedução deve-se verificar empiricamente a hipótese, e testá-la. Porém, como aponta o autor, esse critério é de difícil adoção por uma ciência social normativa, como a Ciência do Direito. Entende Popper (1980, p. 7), todavia, que das Ciências Sociais, aquela que mais se aproxima do método cientifico é a Economia Política, pois os seus resultados demonstrariam a existência de um método objetivo nas Ciências Sociais. Isso porque o referido método busca criar respostas a partir da análise de decisões tomadas por método individualista que não significa ser um método psicológico baseado na razão. Defende Popper (1977) que, apesar do ser humano não agir de forma completamente racional, o elemento racionalidade está presente em todas as escolhas dos indivíduos; isto, segundo Popper, possibilita elaborar modelos de ação por aproximação (POPPER *apud* RODRIGUES, 2015, p. 395).

Sob tal aspecto que a Análise Econômica se mostra adequada ao modelo de ciência apresentado. A racionalidade do indivíduo que, segundo Popper (1980, p. 74), possibilita a elaboração de "modelos replicáveis e testáveis" nas ciências sociais é indispensável à compreensão da Teoria Econômica.

Além desse aspecto racional que possibilita o falseamento das Teorias Econômicas, a aproximação do Direito com outras disciplinas correlatas possibilita a comunicação com o mundo exterior, em sentido oposto ao defendido por Kelsen[3] em sua obra Teoria Pura do Direito. Essa comunicação com a Economia, a *contrario sensu* do que se pressupõe, "humaniza o Direito", na medida em que coloca as consequências das normas no centro do debate (SALAMA, 2010, p. 38). Segundo Ivo Gico (2010, p. 20):

> Em última instância, os juristas (teóricos e práticos) ficaram e permanecem sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências 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

[3] "Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental" (KELSEN, 1999, p. 1).

> um jogo de palavras sob o qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas. Obviamente esse resultado enfraqueceu e degenerou a proposta de finalidade racional do direito. A principal consequência 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 ideias e escolas sucessoras, entre as quais o neoconstitucionalismo.

Emerge, nesse contexto, o necessário tempo para o aperfeiçoamento desta união entre Direito e Economia nas pesquisas jurídicas no Brasil, fazendo com que essa - de tradição jurídica própria da *Civil Law* - torne-se adequada. Apesar dessa possível união entre as duas Ciências ser oriunda, mormente, dos Estados Unidos da América (EUA), um País que adota o sistema da *Common Law*, as barreiras que dividem as duas tradições jurídicas vêm diminuindo, conforme se vê:

> [...] Continuando o discurso no plano da comparação de modelos e chegando à relação entre ordenamentos processuais de *Civil Law* e de *Common Law*, parece oportuno desobstruir o campo de algumas contraposições tradicionais, que foram usadas com frequência para expressar as diferenças fundamentais entre os dois tipos de ordenamentos, mas se mostram há tempo superadas e já incapazes de fornecer conhecimentos acatáveis [...]. Concerne o primeiro exemplo à contraposição entre oralidade e escritura, segundo a qual o processo de *Common Law* seria essencialmente oral, ao passo que o de *Civil Law* seria essencialmente escrito. Sem entrar aqui no tema geral da contraposição 'de princípio' entre oralidade e escritura, observo que a distinção entre processo oral e processo escrito jamais constituiu, nem constitui hoje, a distinção entre processo de *Common Law* e processo de *Civil Law*. (TARUFFO, 2003, p. 146).

Contudo, existem barreiras ao estudo da AED no Brasil. Primeiro, por uma avaliação simplista e parcial do que é AED; limitando-a aos primeiros estudos de Posner que entendia que a "maximização da riqueza" poderia ser a fundação ética do Direito (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 6). Essa visão, já há muito abandonada pelo autor, de forma insistente continua sendo debatida e enfrentada, como se fosse atual. De outro lado e como segundo motivo, porque posições mais radicais quanto à adoção da Teoria Econômica entendem que a Economia 'destrói' o Direito. Misabel Derzi (2013), no artigo em que avalia a teoria de Posner sobre a maximização da riqueza em confronto com a ideia de Estado de Luhmann, entende:

> A Análise Econômica do Direito enfrenta, portanto, uma séria dificuldade para se legitimar, na medida em que ela pressupõe, implicitamente, uma justificação moral da tese de que a maximização da riqueza da sociedade, independentemente de como essa riqueza está concentrada ou distribuída, é um valor político com prioridade sobre os demais. [...] A grande questão da chamada teoria "econômica" do direito é que ela nega o direito, ela o destrói, porque ela o reduz ao fato econômico. Com isso, ela arbitrariamente rejeita o Estado de Direito" (DERZI, 2013, p. 334).

Além disso, pesquisas que propõem estudos empíricos enfrentam certa aversão dos juristas, em grande parte pela quase inexistência de ensino metodológico adequado para utilização de técnicas de pesquisa diferentes. Em defesa da AED, Bruno Salama (2010) sustenta: "O teste último de uma proposição de inspiração econômica é sua verificação empírica sobre o bem-estar das pessoas, e não sua elegância ou lógica interna" (SALAMA, 2010, p. 49); isso porque a AED está voltada para as consequências da norma[4], e não para um estilo que se deseja requintado e gracioso.

Ao que se apresenta, até o momento, entende-se quanto à necessidade de adoção de inovadoras metodologias para o entendimento do Direito em busca de uma Ciência Jurídica; defendendo-se, assim, a AED como uma possibilidade de pesquisa em Direito no Brasil.

3 A Análise Econômica do Direito como opção à pesquisa em Direito no Brasil

O Direito é, em certa medida, a Ciência que, para além da moral e sob a égide da coercitividade da lei, busca disciplinar o comportamento humano. A Ciência Econômica, por sua vez, estuda a forma como os seres humanos tomam decisões para a produção, repartição, circulação e consumo de bens em um mundo de recursos escassos. A AED surge, assim, como tentativa de "compreensão do universo jurídico a partir de pressupostos econômicos" (GONÇALVES; STELZER, 2005, p. 183).

Muito da estranheza que a disciplina ainda provoca, no Brasil, se deve à sua origem. Atribui-se o surgimento do movimento de Direito e Economia ou *Law and Economics* como reação ao que se conhece como realismo jurídico norte-americano:

> O Realismo Jurídico está baseado em um entendimento utilitarista do Direito, que é inclinado à realização de objetivos sociais específicos. Isto contribuiu para a discussão aberta dos juristas sobre as implicações políticas da tomada de decisão judicial. Apesar de diversas décadas terem se passado entre o apogeu do Realismo Jurídico e a difusão da Análise Econômica do Direito na academia, um traço claro conectando os dois movimentos pode ser identificado. O Direito e Economia é baseado em instrumentos de economia, que permitem a prognose das consequências de normas jurídicas, que podem, e devem, estar sujeitas a investigações empíricas. Através disto, e de algumas recomendações sobre propostas eficientes economicamente feitas por juseconomistas, a Análise Econômica do Direito aparentemente adequou-se à academia jurídica norte-americana tão fundamentalmente transformada pelo realismo. Então, apesar das críticas amplamente difundidas sobre o Direito e Economia, o movimento conseguiu preencher um espaço aberto pelo Realismo Jurídico, substituindo o desacreditado formalismo jurídico com uma abordagem econômica que permite, o que é considerado por muitos, resultados científicos (GRECHENIG; GELTER, 2010, p. 351).

[4] "Ao invés de ter preocupação em relação ao fenômeno ocorrido, conforme ocorre no atual modelo jurídico-legal, o Direito, segundo a LaE, volta-se para o futuro de forma a influir a ação dos indivíduos através de conjunto de incentivos e obstáculos". (GONÇALVES, 2007. p. 130).

Essa aproximação às ideias advindas de um País que adota o sistema da *Common Law*[5] causa certo desconforto aos pesquisadores oriundos da tradição da *Civil Law*, como ocorre no Brasil e em outros Países como a Alemanha (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 12). Além disso, pode-se afirmar que existe efetiva 'aversão' à aceitação de que aspectos políticos façam parte dos fundamentos das pesquisas jurídicas[6].

Observa-se, entretanto, que, em países nos quais é adotado o Sistema de *Civil Law*, como o Brasil, relevado o aspecto democrático para a elaboração normativa (e sendo políticas as decisões do Poder Legislativo), os instrumentos de análise jurídica devem estar voltados aos resultados das políticas públicas ou - ainda - das decisões judiciais. A tomada de decisão, seja do juiz que analisa dada situação de conflito colocada em juízo, ou do cidadão para quem a norma é direcionada é, ou deveria ser, essencialmente racional. Não se pugna pela destruição dos valores meta-jurídicos e de justiça, mas tão somente, que a decisão jurídica na

[5] "[...] A imagem historicamente retrospectiva e difusa do processo anglo-americano é a de um procedimento concentrado em audiência de debate, na qual se colhem as provas testemunhais, os advogados discutem oralmente a causa, e logo depois se profere a sentença. Todavia, por várias razões de funcionalidade do *Trial*, desde o início do século XX foram-se configurando, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, fases preliminares (*pre-trial*), com a função de permitir que as partes se preparem de modo adequado para o debate, essencialmente por meio da *discovery* das provas em poder do adversário ou de terceiro. Daí a imagem consolidada do processo de *Common Law* como procedimento cindido em duas fases: uma fase de *pre-trial* de essência preparatória e uma fase de *trial* para a produção das provas orais na audiência. Tal modelo ainda vige como representação aproximada do processo anglo-americano, porém cumpre observar que hoje ele se arrisca a gerar mal-entendidos e erros, se tomado como fiel descrição daquilo que normalmente sucede nos órgãos judiciais ingleses ou americanos. [...] Nos Estados Unidos, a situação normativa e as técnicas usadas são em parte distintas, porém não é substancialmente distinto o resultado: elevadíssimo percentual de causas civis, com efeito, não ultrapassa a fase do *pre-trial* e não chega ao debate, na maior parte dos casos porque as partes celebram um *settlement*, ou porque o juiz ordena uma tentativa de conciliação por obra de terceiro ou uma arbitragem, ou porque tem êxito algum outro mecanismo de solução precoce da controvérsia." (TARUFFO, 2003, p. 147).

[6] GRECHENIG e GELTER *apud* SALAMA (2010, p. 335) explicam: "A posição da política (*Gesetzgebungslehre*) na doutrina jurídica é um dos elementos centrais da nossa explicação. Em países de língua alemã, a política tipicamente se mantém fora do escopo da doutrina jurídica e é deixada para os políticos. Esta tradição pode ser localizada na primeira metade do século XIX, a saber, a escola histórica da jurisprudência de Savigny. Ela foi levada para o século XX pela *Interessenjurisprudenz* e reafirmada na teoria de Hans Kelsen sobre o positivismo jurídico, que eliminou completamente a política da "ciência jurídica", ampliando a aceitação de uma perspectiva interna que já dominava a academia jurídica alemã. Ao desconstruir o pensamento jurídico clássico nos Estados Unidos, o Realismo Jurídico criou um vácuo na academia jurídica e na jurisprudência que seria preenchido por uma discussão sobre política. Nas décadas que se seguiram, o movimento de Direito e Economia pode começar um trabalho de reconstrução para desenvolver novos princípios e critérios de decisão. Ao fazer isto, ele atingiu uma hegemonia vis-à-vis outros movimentos. Este vácuo nunca foi criado em países de língua alemã, em primeiro lugar. Por esta razão, entre outras, não é surpreendente que o primeiro movimento de Direito e Economia que se desenvolveu no final do século XIX na Áustria tenha fracassado. O fato de que nos Estados Unidos o movimento do Realismo Jurídico tenha sido bem-sucedido, enquanto que em países de língua alemã o movimento do Direito Livre tenha fracassado, pode ser parcialmente explicado por fatores políticos, em especial o papel do controle judicial da constitucionalidade das leis dos Estados Unidos. A oposição entre juízes conservadores, que utilizavam raciocínios formalistas para derrubar legislações sociais progressistas, e professores de direito progressistas, criou um forte apelo pelo Realismo Jurídico, na medida em que este fornecia a tais professores os meios para atacarem os tribunais." A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão.

'Barra dos Tribunais' ou a aplicação hermenêutico-normativa da norma democraticamente criada na Casa Legislativa seja eficiente sob pena do desperdício e mau emprego da escassa riqueza.

> 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 consequências sobre a sociedade (consequencialismo), 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 transdisciplinaridade), 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. (GICO, 2010, p. 22)

Segundo Bruno Salama (2010. p. 11), é possível destacar dois níveis epistemológicos da AED ou Direito e Economia, como o autor prefere chamar a disciplina: Uma dimensão positiva, que se ocupa das repercussões ou consequências sobre o "mundo real dos fatos; e uma dimensão normativa, que se preocupa em estudar se – e como – as noções de justiça podem se comunicar com os conceitos de eficiência (econômica) e maximização de riqueza e bem-estar".

Os conceitos de eficiência e maximização da riqueza[7] são essenciais para a compreensão do objeto de estudo da AED. Porém, além desses, os conceitos de maximização racional, escassez e equilíbrio são indispensáveis para formar um quadro do que é a AED. A ideia de escassez é um dos pontos de partida para o estudo da Economia e, consequentemente, da AED. Segundo os princípios econômicos, a escassez existe por que as necessidades humanas são, aprioristicamente, ilimitadas, enquanto os recursos são limitados. Isso gera a

[7] Segundo Richard Posner (2010. p. 74) "[...] a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado. Este, entretanto, não precisa ser explícito. A vida econômica ainda está organizada, em grande medida, segundo o princípio do escambo. São exemplos disso o "mercado de casamentos", a criação dos filhos e um jogo de *bridge* entre amigos. Seria possível calcular o valor monetário desses serviços com base em substitutos deles vendidos em mercados explícitos ou de outras maneiras. Eles ilustram a importante observação de que a riqueza não é simples reflexo do Produto Interno Bruto ou de qualquer outro índice monetário efetivo de medição de bem-estar. Uma sociedade não se torna necessariamente mais rica se as mulheres deixarem (espontaneamente) de ser donas de casa para se prostituírem; ou se uma pessoa que costuma contribuir com instituições de caridade (fazendo assim crescer o consumo de outras pessoas) passar a gastar seu dinheiro consigo mesma".

necessidade de escolha para a alocação de recursos. Ligado à escassez está o conceito de *trade off* ou custo de oportunidade que traduz-se segundo os dilemas que todos enfrentam no dia-a-dia. Como esclarecem Araujo e Shikida (2014, p. 34):

> Todos nós enfrentamos dilemas (também chamados de *tradeoffs*) semelhantes: o que fazer hoje? Trabalhar ou descansar? Vamos à festa de família ou ao futebol? Cada escolha tem um custo. Se trabalho uma hora a mais hoje, deixo de descansar uma hora. Se escolho, como faço? A resposta, na Teoria Econômica, é que você o faz de maneira a obter o maior ganho possível, dentro de suas limitações e restrições que lhe são impostas pelo meio.

As escolhas advindas da escassez tem impacto direto no Direito: a proteção de qualquer direito tem um custo, sejam eles direitos positivos ou negativos[8]. Se o legislador escolhe proteger o locatário (dificultando a retomada dos imóveis em caso de inadimplência, por exemplo), o efeito pode ser o aumento do valor dos aluguéis, e uma necessidade de maiores garantias ao contrato, gerando - consequentemente - custos sociais que extrapolam os interesses das partes. Quando um juiz profere uma sentença determinando que o Estado forneça tratamentos médicos normalmente não atendidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), recursos que seriam aplicados para o atendimento de toda a saúde da população ou em outras áreas são deslocados, prejudicando a coletividade, e assim por diante. Nesse sentido, pois, uma crítica ao ativismo judicial em que, pela sentença, invariavelmente, se está (re)distribuindo riqueza entre as partes envolvidas em conflitos e a sociedade. De sorte que não se pode admitir que os ganhos privados superem os custos sociais sob pena de se perpetuar tratamento desigual àqueles que seriam, em tese, iguais perante a Lei.

Nesse sentido, José Casalta Nabais (2002, p. 21) esclarece que não há suporte aceitável, na realidade fática, a ideia de que a realização dos chamados direitos negativos, como direito de propriedade ou a liberdade contratual, teriam apenas custos privados. A separação entre esses direitos negativos e os direitos positivos, de prestação do Estado, é ilusória, a não ser que se aceite que essas liberdades não passem de 'promessas piedosas'. Com efeito, sua realização e proteção irão obrigatoriamente exigir recursos financeiros públicos.

Estabelecido que as escolhas geram custos, aquelas devem ser feitas de forma racional, a fim de maximizar sua utilidade. A isso, dá-se o nome de maximização racional, ou teoria da escolha racional. A maximização racional pressupõe que as escolhas serão tomadas de acordo com a busca do grau eficiente de satisfação ou utilidade proporcionado pela

[8] "Por isso, todos os direitos têm custos financeiros públicos, sejam custos indirectos nos clássicos direitos e liberdades, sejam custos directos nos direitos sociais. O que significa que todos os direitos têm custos financeiros públicos e sobretudo que os clássicos direitos e liberdades não têm apenas custos privados ou sociais, como uma visão menos atenta da realidade pretendeu fazer crer" (NABAIS, 2002, p. 22).

alternativa escolhida. Cada agente econômico irá maximizar aqueles bens eleitos que lhe são mais importantes: consumidores maximizam a utilidade do bem ou serviço (satisfação em possuir determinado bem ou serviço); as empresas irão maximizar o lucro; políticos, no seu agir, maximizarão os possíveis votos e, assim por diante (COOTER; ULLEN, 2010, p. 38).

O conceito de maximização racional serve como instrumento para formular hipóteses a fim de deduzir as possíveis condutas humanas. Observa-se, no entanto, que a "racionalidade e a busca da satisfação de interesses egoísticos não são observadas em todos os seres humanos", portanto, não se trata de um critério infalível, assim como não se pressupõe a existência em todos os indivíduos de um *homo oeconomicus* (SALAMA, 2010, p. 26).

Todavia, o fato de que alguns indivíduos não se comportem de forma racional nas suas escolhas não desqualifica a cientificidade do método. Quando um grande número de indivíduos toma decisões (aparentemente) não racionais é possível validar a teoria dos preços por uma variação, que é o comportamento de manada[9]. Há, ainda, uma terceira opção, que é a escolha por manter-se ignorante. Essa opção parece ilógica em um primeiro momento, mas trata-se apenas de uma escolha de alocação de recursos não imediatamente monetários, como o tempo. A isto se dá o nome de 'ignorância racional'[10].

Ao método utilizado para colocar em prática a presunção de racionalidade e de sua maximização deu-se o nome de individualismo metodológico. Trata-se de método que analisa as escolhas individuais de cada agente econômico ou de pequenos grupos, a fim de extrapolar os resultados para a totalidade das pessoas, fazendo prognoses[11].

Inerente ao conceito de maximização racional está o conceito de equilíbrio. A interação entre agentes maximizadores tende a uma situação de repouso, ou seja, de equilíbrio. Com isso não se está dizendo que os agentes econômicos buscam o equilíbrio como resultado das interações; estes buscarão sempre ampliar seus resultados, até um ponto em que isto não será mais possível. Segundo Cooter e Ullen (2010, p. 51), um equilíbrio é um

[9] Scharfstein e Stein (1990, p. 470) explicam que "Nós entendemos que, sob certas circunstâncias, administradores simplesmente copiam as decisões de outros administradores, ignorando substantivas informações particulares. Apesar deste comportamento ser ineficiente sob um ponto de vista social, ele pode ser racional pela perspectiva dos administradores que estão preocupados com as suas reputações no mercado de trabalho".

[10] A teoria da ignorância racional foi formulada por Anthony Downs para explicar o comportamento das pessoas ao decidirem em quem iriam votar. Segundo o economista, as pessoas gastam muito pouco tempo escolhendo o candidato em que irão votar por que tem a consciência de que seu voto pouco influenciará no resultado final. Portanto, é mais racional não desperdiçar recursos (tempo) buscando informações sobre o candidato ou quais as consequências de sua escolha (DOWNS, 1957, p. 146).

[11] "A primeira referência a individualismo metodológico (*methodische Individualismus*) foi 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 ideias de seu influente professor, Max Weber, a quem se atribui a sua proposição para as ciências sociais enquanto método" (GICO, 2010, p. 23).

"padrão de interação entre agentes racionais que persiste até que seja perturbado por forças externas".

Por fim, o conceito de eficiência é primordial para a compreensão dos objetivos da AED. Há diferentes conceituações em economia de eficiência. Cooter e Ullen (2010, p. 36) definem eficiência ou processo eficiente aquele em que "não é possível aumentar a produção usando uma combinação de insumos de custo menor ou não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos". Dito de outra forma, eficiente será uma situação em que há a maximização da riqueza com a minimização dos custos sociais. Um exemplo utilizado por Bruno Salama (2010, p. 32) ajuda a esclarecer o conceito: se uma fábrica não puder aumentar sua produção sem aumentar seus investimentos (contratação de funcionários, compra de maquinário, etc.), essa fábrica será eficiente, ou seja, terá atingido o ponto máximo de produção para sua estrutura.

Ao se referir ao conceito de eficiência, obrigatoriamente deve-se referir à eficiência paretiana. A eficiência de Pareto tem esse nome em razão de seu criador, Vilfredo Pareto, economista italiano. Segundo o conceito de Pareto, dada uma situação de recursos disponíveis, qualquer alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo sem piorar a situação de nenhum outro, é uma melhora de Pareto; já a situação em que "não é mais possível realocar recursos sem prejudicar um indivíduo é um ótimo de Pareto". (SALAMA, 2010, p. 31).

Porém, o conceito de eficiência de Pareto demonstra-se inviável, visto que qualquer alteração que não seja unânime não poderá ocorrer. A realocação de recursos ficaria dependente da aprovação dos que os detém, o que, conforme demonstra o critério de maximização racional, é pouco provável que aconteça. Para exemplificar, se uma lei concedesse benefícios a uma classe em detrimento da outra, essa seria considerada ineficiente, por mais socialmente benéfica que fosse. Assim, o conceito de Pareto para eficiência precisa de uma complementação a fim de se tornar praticável. Para isso, surgiu, em 1939, o critério de compensação de Kaldor-Hicks[12].

Segundo o critério de Kaldor-Hicks, quando uma mudança qualquer na alocação de recursos ocorrer é necessário que exista a possibilidade do grupo de indivíduos beneficiados compensar de alguma forma os indivíduos prejudicados. A compensação não precisa de fato

[12] "O modelo de Kaldor-Hicks para determinação de eficiência de um sistema (efficiency) foi originalmente proposto por Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Hicks (1904-1989). Sob este ponto de vista entende-se que o modelo de Pareto torna impossível a realização de qualquer grande alteração social ou econômica sem trazer algum prejuízo para alguém. Neste modelo não há necessariamente a exigência de compensação (compensation), mas tão-somente a possibilidade de pagamento" (CALIENDO, 2009, p. 74).

ocorrer, basta que ela seja possível. No mesmo exemplo utilizado anteriormente da criação de uma lei beneficiando determinado grupo de indivíduos, é suficiente para que a mudança continue sendo eficiente, a possibilidade de compensação do grupo não beneficiado. Com a criação do Simples Nacional[13], por exemplo, buscava-se aumentar a formalização de negócios pela diminuição dos custos de conformidade[14] - aumentar a arrecadação - o que poderia, hipoteticamente, diminuir a carga tributária dos grandes empresários. Esse resultado não será obrigatoriamente alcançado, mas ele é possível. Segundo Paulo Caliendo:

> A eficiência econômica irá possuir o sentido de maximização de determinados bens sociais eleitos como sendo de significativa importância. Como podemos notar não se trata de um conceito neutro ou ausente de compreensões ou pré-compreensões, visto que a determinação de determinado objetivo a ser maximizado expõe uma visão de mundo. Será fundamental a definição de "unidade de medida" (measuring rod, sendo que rod em inglês significa bastão ou vara) do critério de eficiência. Estes dois critérios tentam responder ao questionamento: se as pessoas maximizam o que elas maximizam mesmo? Os bens a serem escolhidos são: i) utilidade, ii) dinheiro, iii) riqueza humana e iv) felicidade (CALIENDO, 2009, p. 218).

Sobre os bens eleitos, todavia, não há consenso sobre a possibilidade de alcançar todos através do Direito. O Direito talvez não seja capaz de viabilizar algumas dessas denominadas utilidades, como a busca pela felicidade. Por outro lado, "[...] maximizar a riqueza é algo que juízes podem fazer de forma efetiva no âmbito de suas tarefas limitadas" (BIX *apud* Derzi, 2013, p. 340).

De outra parte já se pregou alhures, que o Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES) trata da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente (ou mesmo, futura). Dessa forma seriam compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Ainda, tem-se que o PEES considera, no cálculo econométrico, as variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas quando se

---

[13] BRASIL. Lei Complementar nº. 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. **Diário Oficial da União.** Brasília-DF, 15.12.2006.

[14] "Os sacrifícios de recursos necessários somente para atender às disposições legais tributárias são denominados, na literatura internacional, *tax compliance costs* ou *compliance costs of taxation*. Os custos de conformidade à tributação, normalmente, incluem os custos do trabalho ou tempo consumido na conclusão de atividades tributárias, como cálculo de impostos, preenchimento de declarações, retenção de tributos, conservação de documentos, atendimento a fiscalizações, bem como os gastos em pesquisas e planejamento tributário, treinamentos, contratação de consultorias; incorridos para compreender e cumprir todas as formalidades que são exigidas pela legislação tributária" (MAIA *et al*., 2008, p. 56).

sacrificando determinados bens e serviços de outrem (considerado o maior número ou a totalidade dos agentes envolvidos).

Assim, ao contrário do que uma análise superficial da AED poderia levar a crer, a busca por eficiência e maximização de utilidade não inviabiliza a busca por justiça, felicidade ou um Direito ocupado das questões humanas. A AED, assim, é nada mais que indispensável ferramental hermenêutico-institucional para estudar de forma analítica as consequências das decisões – sejam elas judiciais ou legislativas.

4 Conclusão

O Direito não pode permanecer isolado perante as demais Ciências Sociais e tem de superar o hermetismo Kelseniano em busca da interação da 'pureza do Direito' com possibilidades hermenêutico-normativas que transcendam, pelo conhecimento científico, o estudo do próprio Direito. Nesse sentido, demonstrou-se a necessidade de adoção de metodologias e aportes teóricos inerentes a outras áreas das Ciências Sociais, mormente, consideradas as possibilidades hermenêutico-científicas e a contribuição da Ciência Econômica. Para tanto, a pesquisa, ainda, reconheceu e destacou que o método científico, nas Ciências Sociais, implica reais escolhas do cientista que, ainda, tem de superar o mito da isenção e pureza da Ciência. Na verdade, o conhecimento científico traz reflexos metodológicos para a efetivação da abstração teórica como forma de apropriação parcial da realidade. Parcial, porque, de outra forma, não se estaria a tratar de um modelo teórico, mas da própria realidade.

Defendeu-se, então, como forma de apropriação do conhecimento jurídico-científico, a possibilidade da utilização da Teoria Econômica, mormente através da Microeconomia, para a interpretação e análise do Direito a partir do Movimento do *Law and Economics* ou, no vernáculo, Direito e Economia ou, ainda, Análise Econômica do Direito (AED). Conclui-se pela aplicação da Teoria Microeconômica como uma das possibilidades para o desenvolvimento de pesquisas no âmbito jurídico.

Não se teve a pretensão de esgotar o tema, ou abordar todas as características da AED. Pretendeu-se, sim, demonstrar a validade da Análise Econômica e o quanto o Direito pode se beneficiar pela abertura a métodos de pesquisa utilizados em outras disciplinas.

Com isso não se defende fórmula irrefutável ou a *ultima ratio regis* que possa resolver todos os problemas da ontologia do conhecimento em Direito em vista a reconhecer-lhe como Ciência Jurídica. Entretanto, a AED produz, para a Ciência do Direito, resultados interessantes com a utilização de metodologia e de técnicas de pesquisa da Teoria Econômica

que evidenciam potencialidades para falseabilidade e testes, o que não se pode dizer de muitas pesquisas realizadas no âmbito normativo. A falseabilidade das teorias e o empirismo são características das pesquisas realizadas nesta (nova) Disciplina. Disso, decorre o inestimável valor da utilização da AED para o avanço da Ciência Jurídica.

5 Referências

ARAUJO Jr., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. **Direito e Economia no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Discussão sobre neoconstitucionalismo é um acúmulo de equívocos.** CONJUR. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-05/entrevista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante. Acesso em 26 de setembro de 2015.

BIX, Brian. **Jurisprudence: Theory and Context**. 5 ed. Londres, Sweet e Mexwell, 2009. *Apud* DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Análise Econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: Breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** p. 327-352, 2013.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Democracia, estado social e reforma gerencial. **Revista de Administração de Empresas**. vol.50 n. 1. São Paulo: Jan./Mar. 2010.

CALIENDO, Paulo. Direitos Fundamentais, Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites. *In*: **Direitos Fundamentais e Justiça.** Ano 3, nº 7, abr./jun. 2009. P. 203-221.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1993.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies por meio da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na luta pela vida.** São Paulo: Martin Claret, 2014.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. A Análise Econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: Breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Belo Horizonte, 2013. p. 334.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

GICO Jr., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. v. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

_____. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves. Concretude do Direito Constitucional Econômico: A *Law and Economics* na realização da ordem constitucional econômica brasileira de 1988. **Revista Direito e Justiça – Reflexões sociojurídicas**. Santo Ângelo: Ediuri, 2007. p. 130.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito sob o olhar socioeconômico: estratégias para uma ação conjunta. **Revista Brasileira de Direito/ Faculdade Meridional,** v. 1, n. 1. Passo Fundo: Méritos, 2005. p. 183-195.

_____. Crítica e Possibilidades da Análise Econômica do Direito. IV Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração. **Anais ....** Florianópolis, 2014.

GOULART, Silvia Moreira. História da ciência: elo da dimensão transdisciplinar no processo de formação de professores de ciências. In: LIBANEO; SANTOS, Akiko (orgs.) **Educação na era do conhecimento em rede e transdisciplinaridade**. Campinas: Alínea, 2005.

GRECHENIG, Kristoffel e GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia** – Temas Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Carlos Marques. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LAPLATINE, François. **Aprender Antropologia.** São Paulo: Brasiliense, 2003.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito.** 3.ed. Lisboa: Estampa, 2005.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. **Workshop 'O que é pesquisa em Direito?**'. Escola de Direito de São Paulo da FGV; Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP (Orgs.), em dezembro de 2002. 19 p.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Tradução de Leonidas Hegenberc e Octanny Silveira Da Mota. São Paulo: Cultrix, 1977.

_____. **A miséria do historicismo.** Tradução de Leonidas Hegenberc e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Edusp, 1980.

POSNER, Richard. **A economia da justiça.** Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 25. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, H. W. *et al*. A ciência e suas classificações: Onde fica a ciência do Direito? In: RODRIGUES, Horário Wanderlei. Coord. **Conhecer Direito III** – Anais do I Encontro

Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2015.

ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da ciência:** da antiguidade ao renascimento científico. 2.ed. Brasília: FUNAG, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia –** Temas Escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *Civil Law* e do *Common Law*. **Revista de Processo**. v. 110, p. 141-152, 2003.