Economic Analysis of Law Review

Considerações Sobre a AED de Richard Posner Seus Antagonismos e Críticas

Richard Posner's AED Considerations His Antagonisms and Critiques

Leonardo Martins Wykrota[1]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Alvaro Ricardo de Souza Cruz[2]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

André Matos de Almeida Oliveira[3]
Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO

Embora já muito difundida, a Análise Econômica do Direito (AED) ainda sofre grande resistência, especialmente por parte dos mais afetos a teorias morais no âmbito da Teoria do Direito e do Direito Constitucional. Richard Posner, um dos principais nomes da AED no mundo, é, também, um grande alvo dos críticos dessa linha de pensamento, notadamente no que diz respeito à proposta consequencialista de seu pragmatismo, despertando fortes antagonismos. Neste trabalho, apresentamos um pouco da polêmica e das críticas em torno da AED de Posner, não sem antes contextualizar suas premissas e sua recepção no Brasil na década de 1990. Além do apanhado histórico-metodológico, a intenção é atualizar concepções imputadas ao Posner da década de 1970 sobre a relação entre Economia e Direito, afastando o "fetichismo econômico" que lhe era atribuído e enfrentando críticas atuais contra a AED, por uma leitura de Posner que nos parece "em sua melhor luz".

Palavras-chave: Richard Posner; Análise Econômica do Direito; Economia e Moral

JEL: K10

ABSTRACT

Although already widespread, the Law and Economics view still suffers great resistance, especially on the part of the most affected to moral theories within the scope of the Theory of Law and Constitutional Law. Richard Posner, one of the leading names in Law and Economics in the world, is also a major target of critics of this line of thought, notably with regard to the consequentialist proposal of his pragmatism, arousing strong antagonisms. In this paper, we present some of the controversy and criticism surrounding Posner's ideas, not without contextualizing its premises and its reception in Brazil in the 1990s. In addition to the historical-methodological approach, the intention is to update conceptions imputed to Posner's 1970 view about the relation between Economy and Law, moving away the "economic fetishism" attributed to him and facing current criticisms against Law and Economics and aiming to read Posner in his "best light".

Keywords: Richard Posner; Law and Economics; Moral and Economics

R: 31/07/17 **A**: 20/10/17 **P**: 30/04/18

[1] E-mail: leonardo.wykrota@gmail.com
[2] E-mail: alvaro.sc@terra.com.br
[3] E-mail: andrematosalmeida@hotmail.com

(cc) BY

1. Posner, Juiz, Acadêmico e Polemista

Richard Posner é juiz da *Court of Appeal for the Seventh Circuit*[4] e professor da Universidade de Chicago com vasto número de livros e artigos publicados. Foi, também, um dos precursores do movimento de ampliação da Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics*, como é conhecida entre os norte-americanos, sendo o primeiro a sistematizar um manual sobre o tema na década de 1970. Desde então, seu livro vem sendo continuamente revisado e reeditado e continua influente na análise jurisprudencial no âmbito do *common law*, acompanhando o ciclo da AED como uma das doutrinas mais duradouras do direito norte-americano. Contudo, Posner é também um polemista. Atrai para si e seu trabalho fortes antagonismos não só em matéria de teorias jusfilosóficas, mas também em relação a suas decisões judiciais.

A posição de Posner quanto ao direito à intimidade, por exemplo, tem despertado forte antipatia. É o que mostra a crítica de Glenn Greenwald, jornalista norte-americano famoso pelo caso Snowden, que além disso é constitucionalista e co-fundador do blog *The Intercept* (GREENWALD, 2014), seguida do desconfortável pedido para que Posner mostrasse seus dados bancários, mensagens de e-mail e de celular, já que a privacidade não deveria ser "sobrevalorizada", como havia afirmado o juiz norte-americano, em termos de segurança nacional. Posner não respondeu. Mas o constrangimento não parou por aí. Greenwald (2014) também mostrou que Posner seria o dono de um *trust fund*[5], algo estranho, como afirma Greenwald (2014), para quem tem um cargo público e "nada teria a esconder".

O antagonismo com a proposta do Posner (2003) de *Law and Economics* também é forte entre os justeóricos morais, como mostra a crítica por parte de Ronald Dworkin (1998, 2006). Para se ter uma ideia, o texto de Dworkin (1998), referindo-se a Posner, tem o sugestivo título "O novo bulldog de Darwin". A concepção jurídico-consequencialista de Posner – a qual rejeita qualquer contribuição da teoria moral na solução de casos difíceis – deixa órfãos muitos dos adeptos de teorias morais que dão suporte ao Constitucionalismo Contemporâneo. Não é à toa que os constitucionalistas brasileiros (dentre os quais os textos de Dworkin costumam gozar de grande prestígio) encampam igual antagonismo contra Posner (2003).

Como se não bastasse, parte da escola do Direito Econômico capitaneada pela crítica do Professor de Direito Econômico da UFMG, falecido em 17.06.2011, Washington Peluso Albino de Souza também conta com grande força antagônica à proposta de Posner (2003). Souza (2002, 2005) foi um dos primeiros a se insurgir contra a maximização da riqueza como um *valor em si* e cuja realização asseguraria a eficiência da sociedade e de suas instituições,

[4] Algo equivalente ao cargo de um desembargador federal no Brasil, inclusive com vitaliciedade.

[5] Esse tipo de estrutura não existe no Brasil, mas seria semelhante a uma fundação, criada para atender a um propósito específico, que, em geral, é custear um beneficiário específico. Há uma grande liberdade na utilização desses fundos, que também poderiam ser usados para um propósito semelhante ao que se conhece no Brasil como "blindagem patrimonial". cf. http://www.assetprotectioncorp.com/5illegaltrusts.html. Acesso em 06.01.2017.

(cc) BY

dentre elas o próprio Judiciário, ideias que ele atribuía às concepções da AED de Posner.[6] Além disso, Souza (2005, p. 91) ressalta, entre outras coisas, o caráter local da AED, sendo criada para lidar com o *common law* no pressuposto da ideologia capitalista americana, e não para lidar com o sistema escrito romano-germânico ou com outros valores econômicos.

É grande e relevante, pois, o antagonismo contra as ideias trabalhadas pela AED. Apesar disso, parece difícil negar seu sucesso mundial (COELHO, 2007) – constatação quase que unânime mesmo entre os respectivos críticos. Parte dessa postura antagônica, contudo, pode ser fruto da conhecida tendência (ou *viés*) de sermos mais ácidos com autores e teorias com os quais não guardamos afinidade, seja por *vieses confirmatórios* e/ou de *crença* (SHERMER, 2003 e 2012; KAHNEMAN, 2012) – sem esquecer que, pelo mesmo mecanismo, também podemos ser mais condescendentes com autores que nos agradam. Não obstante, buscamos apresentar a AED na "melhor luz *que nos é possível*".

2. A "Economia" de que se vale AED e o fio condutor da proposta de Posner

A AED é um campo de pesquisa interdisciplinar de difícil delimitação. Ainda assim, um ponto importante para a entendermos adequadamente é saber quais os seus pressupostos econômicos. Tradicionalmente, a Economia pode ser dividida em dois grandes grupos de estudo, a *Macro* e a *Microeconomia*. De forma bastante simplificada, podemos dizer que a primeira estaria mais voltada para o funcionamento econômico em geral de determinada sociedade, de parte dela, e/ou de várias sociedades, aí incluídas as políticas econômicas de larga escala. O foco estaria no funcionamento do conjunto e não propriamente no funcionamento das relações econômicas e de seus atores individualmente considerados, o que seria justamente o objeto da Microeconomia (FARMER, 1998). Assim, a segunda, a microeconomia, estudaria os processos de decisão e de formação dos atores econômicos ou dos mercados tomados isoladamente, além da forma como eles se relacionam entre si.

O macroeconomista estuda coisas como o crescimento de um país no decorrer do tempo, os efeitos da inflação numa economia nacional, formas de aumentar o PIB, etc. O microeconomista, por outro lado, pode estudar externalidades numa indústria regional de carvão, o efeito da redução da jornada de trabalho em profissões na área da saúde e as mudanças que a importação pode gerar em um mercado de automóveis, por exemplo. De qualquer forma, geralmente se considera que os dois campos de estudo estão conectados, e que o estudo mais atomizado, relacional e comportamental da microeconomia fornece a "matéria-prima" para os estudos mais amplos da macroeconomia (Ibidem, p. 16). A questão a se saber é se a AED se vale dos pressupostos de uma e/ou de outra.

Conforme observa Coelho (2007, p. 13), com apoio em Blaug (1997), a AED, na maioria de suas vertentes, estaria ligada à Microeconomia. E não poderia ser diferente, já que a

[6] Atualmente, fazem coro com essa crítica nomes conhecidos do Direito Econômico (cf. CLARK, CORREA e NASCIMENTO, 2013; LELIS e COSTA, 2016), do Direito Tributário (DERZI e BUSTAMANTE, 2013, p. 327-328) e Constitucional (CRUZ, 2011, CRUZ e DUARTE, 2013; CRUZ e SALDANHA, 2015; CRUZ, MEYER e RODRIGUES, 2012).

(cc) BY

Macroeconomia apresenta tantas divergências sobre seus pressupostos teóricos que o consenso sobre as possíveis consequências da aplicação de suas teorias nos parece impraticável. Todavia, tanto Coelho (2007) quanto Blaug (1997) reconhecem que, diante das diversas críticas às propostas tradicionais de AED, muitos pesquisadores procuram outras perspectivas econômicas para suas análises, por exemplo, no neo-institucionalismo, na Escola Austríaca ou em outras teorias econômicas. Ainda assim, a AED continuaria caminhando sob o direcionamento da *microeconomia neoclássica* e não de outras teorias econômicas.

Neste trabalho, abordaremos somente a AED apresentada por Posner (2003), cuja premissa estruturante é justamente a utilização da Microeconomia. Seu instrumental analítico é o que, para Posner (2003), permitira "[...] cavar sob a superfície retórica do raciocínio jurídico e encontrar seus verdadeiros fundamentos, muitos dos quais teriam um caráter econômico". Enquanto fio condutor do livro de Posner (2003), a generalização da proposta de "cavar sob a retórica da regulação legal" pressupõe que muitas doutrinas e instituições jurídicas seriam mais bem compreendidas e explicadas enquanto esforços para promover a alocação eficiente de recursos. Essa linha de pensamento ampliou a AED iniciada com os primeiros artigos de Calabresi (1961) e Coase (1960), responsáveis por expandir os estudos interdisciplinares de Direito e Economia, até então confinados à análise das leis antitruste, da qual eram praticamente um sinônimo (POSNER, 2003, p. 23; DUXBURY, 2001; COELHO, 2007).

Os textos de Coase (1960) e Calabresi (1961) são, reconhecidamente, o primeiro esforço moderno de aplicação da AED em áreas que não diziam respeito à regulação direta de relações econômicas tradicionais (POSNER, 2003, p. 23; COELHO, 2007). Mas foi o artigo de Coase (1960) que, além de introduzir o teorema que levou seu nome com a análise da atribuição de direitos e responsabilidades sobre questões de propriedade, introduziu, embora sem receber muita atenção de início, a ideia de que uma lei (no caso, a lei inglesa que regulava a perturbação da ordem) tinha uma lógica econômica implícita. Já Posner (2003) propõe uma abordagem mais abrangente sobre a regulação do comportamento não voltado especificamente ao mercado. Também promete abrir mão do lado formal e sistemático da Economia, em favor de sua aplicabilidade em áreas até então pouco exploradas, como contratos, crimes, indenizações, ampliando bastante o leque inicial de Coase (1960). Eis, a seguir, alguns dos conceitos de microeconomia mais utilizados por Posner (2003).

2.1. Algumas noções de microeconomia empregadas pela AED

A primeira definição importante feita por Posner (2003, p. 3) é a de Economia, entendida como uma *ciência da escolha racional aplicada* em um mundo de recursos limitados em relação às necessidades humanas. Seu objeto central não seria o dinheiro e sim "[...] o uso de recursos, sendo o dinheiro apenas uma disputa sobre esses recursos" (POSNER, 2003, p. 6, tradução nossa). A Economia, nessa trilha, empregaria um instrumental próprio para analisar o ser humano como um *maximizador racional de seus interesses*. Porém, essa *maximização* não deve ser confundida com o cálculo consciente, pois a Economia não é uma teoria sobre a consciência. Para os economistas, o adjetivo "racional" corresponderia à "habilidade e a incli-

(cc) BY

nação" de se utilizar a racionalidade instrumental na condução da vida cotidiana (POSNER, 2003. p. 17).

A racionalidade, dessa forma, significaria pouco mais do que *a disposição para a escolha, consciente ou inconsciente, de um meio apto para alcançar um fim qualquer* eleito pelo agente. Já o "auto-interesse", por sua vez, não poderia ser confundido com egoísmo, o que teria levado os economistas a trocarem a expressão (interesse) por "utilidade", noção, por sua vez, responsável por uma das críticas mais recorrentes feita à AED, como veremos mais à frente. Por ora, cabe adiantar que ela diz respeito *ao agente*. É ele quem toma algo como uma "utilidade", um bem, atribuindo-lhe *valor*.

A utilidade – insistimos – teria o *valor* que o agente lhe atribui. Fruir de uma moradia, nesse sentido, é uma utilidade, mas a casa pode ser "útil" não só pela chance de moradia, mas porque é bela, bem construída, porque tem uma vista boa, enfim, porque é um recurso cuja fruição *interessa ao agente*, seja qual for o motivo. Em sentido Econômico, uma "utilidade" é sinônimo desse *recurso que interessa ao agente*, em geral, pela escassez. E isso se dá a partir de uma noção estrita de *custo*.

Em Economia, custo não se confunde com a simples noção de despesa do senso comum. Trata-se de um conceito vinculado à restrição do uso de um certo recurso. Se não há qualquer restrição ao uso, como no caso do ar, por exemplo, o custo de um recurso será zero. Isso quer dizer que há uma abundância tal dele que poucos se preocuparão com sua "utilidade" em sentido econômico. Ou seja, conquanto o ar seja das coisas mais úteis ao ser humano, a não ser que passe a existir alguma restrição em seu uso, ele não seria considerado uma "utilidade" para a Economia.

A soma de todos os gastos e despesas incorridos para produzir certo produto corresponde a um *custo mínimo*, abaixo do qual o produtor, presumivelmente, não venderá esse mesmo produto. É importante saber, também, que a Economia tem uma perspectiva mais voltada para o futuro em termos de custos e incentivos, colocando sua ênfase no momento anterior à ocorrência dos fatos. Isso vem da crença de que os agentes maximizadores racionais tomariam suas decisões mais ancorados em expectativas futuras do que em remorsos com o passado (POSNER, 2003, p. 7). Por isso, os *custos já incorridos* (*sunk costs*) têm uma história diferente, eles não afetam a decisão de um agente econômico racional, já que estão no passado. O adjetivo *sunk* em inglês tem o significado usual de "afundado". Nesse sentido, custos *já incorridos* equivaleriam a "custos afundados" justamente porque não há mais o que fazer, são "águas passadas".[7]

Além dessa circunstância, economistas distinguem entre transações que afetam recursos, independentemente de um pagamento em dinheiro, e as que não os afetam. O fato de afetar recursos é o que faria do trabalho doméstico realizado pelo cônjuge, uma atividade eco-

[7] Dessa forma, se alguém *já gastou* R$1.000,00 para produzir um bem determinado, mas sabe que o mercado, por uma circunstância de oferta qualquer, só pagará R$10,00 por esse mesmo bem, ainda assim ele o venderia, sob a perspectiva maximizadora de que é melhor ter R$990,00 de prejuízo do que ter R$1.000,00. Em outros termos, se a perda é inevitável, seria melhor perder menos.

(cc) BY

nômica e assim também o sexo, já que a busca por um parceiro e o próprio sexo tomariam tempo e, desse modo, imporiam um custo de oportunidade frente "a outra atividade disponível aos amantes" (POSNER, 2003, p. 6). Por sua vez, um subsídio ou qualquer outro pagamento pelo qual não há uma troca de serviço ou mercadoria seria considerada um *custo contábil* (*transfer payment*), pois não geraria uma diminuição de recursos em sentido econômico. Se há a transferência, por tributação, de uma soma qualquer, digamos R$1.000,00, de A para B, há uma diminuição do poder de compra de A e aumento, de igual valor, na de B, mas não há custo social nisso, apenas um custo particular (POSNER, 2003, p. 6).

O *custo de oportunidade*, porém, seria a noção mais relevante para complementar a ideia de utilidade e corresponderia ao retorno da alocação de um recurso no seu "próximo melhor uso" (ou *next-best use*) em relação ao custo mínimo. Vender a um preço abaixo do *custo de oportunidade*, ainda que acima do *custo mínimo*, conquanto não seja um prejuízo típico, significa que se optou por uma transação menos eficiente do que alocar o recurso na "primeira melhor opção" (ou *next-best use*).

A escolha pela oportunidade que lhe dará maior retorno é considerada pela Economia a escolha mais *eficiente* e, não, a "correta". Mas isso nem sempre é simples de se visualizar. Investir em um imóvel para alugar, sabendo que o retorno do aluguel seria inferior ao custo de oportunidade de um investimento em renda fixa seria uma transação menos eficiente em economia do que se fosse feito o contrário. É que, do ponto de vista econômico tradicional, a locação resultaria na "mesma utilidade" da compra (fruir do imóvel como residência) com sobra de liquidez de recursos.[8]

O pressuposto de que uma transação que não cobre o custo de oportunidade é uma medida menos *eficiente* economicamente está na presunção de que, mesmo cobrindo o *custo mínimo*, ela privaria o agente de uma "utilidade maior" do que aquela que seria obtida com a escolha referente ao *custo de oportunidade*. O fato de existirem inúmeras outras utilidades que justifiquem essa transação "menos eficiente" *para o agente*, mostra que se trata mesmo de uma presunção. É o que explica certas pessoas preferirem a compra de um imóvel nessas hipóteses, mesmo *sabendo* da matemática que revela *o custo de oportunidade* por detrás da locação. Do ponto de vista econômico essa escolha poderia ser tachada de menos *eficiente*, mas não de "irracional". Se a escolha foi mais ou menos *eficiente* economicamente falando não importa, o fato é que foi racional, já que se ligou um fim (fruir de uma moradia) a um meio (os recursos para a compra do imóvel), retomando a noção vista acima de que *a racionalidade econômica se liga à escolha de meios para a realização de fins*.

Essa distinção aparentemente trivial mostra, por um lado, que a Economia não tem como dizer qual deve ser a importância de uma determinada utilidade *para o agente*. Não

[8] Claro, porém, que esse é um modelo extremamente simplificado da *maximização racional*. Podem haver inúmeros fatores computados pelo agente como "utilidade", conscientemente ou não, em uma determinada transação. Poderiam ser vistas como utilidade a garantia de que não será preciso devolver o bem ao proprietário no futuro, e/ou a chance de se colocar uma parte importante do seu patrimônio sob a proteção da lei que regula o bem de família, ou ainda a chance de fazer eventuais reformas e alterações como quiser, para ficar apenas nestes exemplos.

(cc) BY

poderia dizer, assim, qual é o *melhor* imóvel para se morar: o mais bonito, o mais perto da escola dos filhos, o mais barato, uma combinação disso ou de outros itens? Enfim, é o agente quem tem o interesse, a utilidade, em mente. O *valor* emergirá, desse modo, da relação entre o *agente econômico* (também um observador) e aquilo que ele toma por útil, isso é, aquilo que lhe interessa.

Por outro lado, a Economia pode dizer muito sobre o *preço*, se está acima ou abaixo do mercado, se cobre ou não o custo de oportunidade, ou seja, sobre a eficiência de uma determinada transação, *depois* de postas as utilidades na mesa *pelo agente*. Todavia, conquanto o mercado trate de *preços* e estes tenham a intenção de refletir o *valor* de um determinado recurso, é fácil ver que essas noções não se confundem: o *valor* corresponde à utilidade de um bem, que varia de pessoa para pessoa. A aliança de casamento, em geral, tem para seu dono um valor inestimável, mas pôde ser comprada dentre outras que possuem em preço delimitado pelo mercado. O valor diz respeito ao agente, o preço diz respeito ao mercado (oferta e procura).

Existem vários outros conceitos que poderiam ser explorados na interface de análise do Direito pela Economia, mas, para os limites deste trabalho, as noções vistas até aqui bastam e nos permitem ingressar no exame da recepção da AED no Brasil.

3. Breves considerações sobre a recepção e o sucesso da AED no Brasil

A despeito da crítica que já adiantamos, especialmente de uma ala expressiva do Direito Econômico capitaneada por Souza (2002, 2005), houve grande entusiasmo de boa parte da academia e de operadores do Direito na acolhida da AED no Brasil na década de 1990. USP e UnB, por exemplo, rapidamente teriam passado a oferecer disciplinas específicas em seus programas de pós-graduação em Direito e de pós-graduação em Economia (COELHO, 2007, p. 2). Esse sucesso, ao que parece, estaria associado ao fato de a Microeconomia prometer todo um corpo de insights e técnicas analíticas para avaliar as consequências de uma decisão judicial sob a perspectiva econômica. O excesso de otimismo na recepção da AED, por sua vez, ajuda a explicar as distorções do propósito, premissas e/ou limites da teoria, os quais não chegam a ser surpresa nesse contexto de fetiche por uma aplicação mais "objetiva" do direito. Muitos viam nela a promessa de uma racionalidade pela substituição de um conceito vago de justiça por uma noção precisa de *eficiência econômica*. Uma promessa que, como podemos intuir, jamais poderia ser entregue, se a Economia toma o *valor* como dado *pelo agente.*

Ainda não temos notícia de um mapa acurado dos impactos da recepção da AED no Brasil, muito embora fosse instigante uma pesquisa empírica nesse sentido. Isso, entretanto, é algo que foge às limitações de tempo impostas a este trabalho. Mesmo assim, a noção de que houve uma recepção impactante pode ser extraída do que aconteceu nos Estados Unidos, onde a AED causou "[...] profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito como na prática jurídica norte-americanas" (COELHO, 2007, p. 1).

Parece-nos, contudo, que, se for expurgado o excesso de otimismo com a AED, boa parte das distorções vistas na sua aplicação poderiam ser reparadas. Essas distorções, natu-

(cc) BY

ralmente, fomentaram equívocos no âmbito da aplicação da AED, atribuindo-lhe a pecha daquilo que Faria e Campilongo (1991) chamam de discurso "fetichizado e com efeito racionalizante". Faltou, ao que parece, um exame mais acurado sobre os limites da AED, pois há (muitos) problemas que ela não tem como resolver e sua aplicação no Direito é mais restrita do que especulam seus próprios opositores, como veremos a seguir, no exame das críticas dirigidas à AED.

3.1. Algumas das críticas dirigidas à AED

As críticas à AED podem ser agrupadas nas seguintes proposições: (a) *a AED seria reducionista* em relação ao caráter racional de seus agentes enquanto maximizadores de utilidade; (b) para o Direito, *seria inconveniente abraçar a premissa subjacente à Economia* (utilitarismo), a qual poderia levar a resultados aberrantes, além de ser incompatível com as noções de incerteza e infinitude, como sugere o ataque ao "consequencialismo forte" de Posner feito por Cruz e Saldanha (2015); (c) e a crítica que já adiantamos, no sentido de que *a AED ignoraria a justiça* dos resultados jurídicos a que poderia levar (POSNER, 2003, p.26-28).

3.1.1. Resposta à crítica do reducionismo da AED (a Psicologia Comportamental e a teoria dos jogos)

A crítica quanto ao alegado *reducionismo* da AED é refutada quando se tem em mente que a aderência a um *modelo* de escolha racional pressupõe que "racional" quer dizer apenas a intenção de ligar meios aos fins, como já vimos. Isso não se confundiria, pois, com o cálculo reflexivo e comprometido com todas as oportunidades e informações disponíveis. Até porque, mesmo economicamente falando, nem sempre o custo de se obter as informações de uma transação justifica uma escolha informada (POSNER, 2003, p. 18). Depois, porque o fato de não sermos "racionais" todo o tempo, no sentido comum em que a palavra é empregada, ou de fazermos algumas escolhas arbitrárias, é irrelevante para a Economia. A preocupação dessa ciência estaria em "[...] explicar e predizer tendências e agregações ao invés do comportamento individual de cada pessoa; e em uma amostra razoavelmente ampla, desvios aleatórios do comportamento racional normal seriam anulados" (POSNER, 2003, p. 18, tradução nossa).

A objeção mais séria a respeito da racionalidade seriam as questões de nossa evolução biológica, as quais levariam o agente econômico a decisões aparentemente irracionais. Seria o caso, por exemplo, da "falácia do custo afundado". Essa falácia mostra que agentes racionais estariam longe de tratar o passado como "aguas passadas", ignorando os *custos já incorridos* (*sunk costs*) dos quais falamos nos tópicos anteriores. Na verdade, isso faz parte do nosso comportamento e explica por que tomamos a decisão de investir em "contas perdedoras", tais como ir a um jogo de futebol em um dia chuvoso, com trânsito pesado, *sabendo* que não será uma experiência boa, apenas porque já se comprou o ingresso.

Há um verdadeiro festival de tropeços da racionalidade econômica vindo da Psicologia Comportamental (o que explicou o Prêmio Nobel de Kahneman ter sido *em Economia*). Isso, contudo, não torna inúteis os modelos de decisão racional. Diferentemente, eles continuam

(cc) BY

capazes de explicar muito sobre a alocação de recursos, ainda que o agente econômico (*homo economicus*) não seja "tão racional" quanto a maximização econômica pediria. A mesma coisa se dá com as questões de "hiperracionalidade", como na explicação do comportamento de *agentes econômicos* frente a outros *agentes*, tratando-os como igualmente racionais, a exemplo das situações de cartelização. A Economia ortodoxa não tinha um instrumental teórico para isso, que só veio com a teoria dos jogos (POSNER, 2003, p. 20).

A *teoria dos jogos* tornou-se um ramo proeminente da matemática e da economia nos anos 30 do século XX, especialmente depois da publicação em 1944 de The Theory of Games and Economic Behavior de John von Neumann e Oskar Morgenstern. Seus resultados tanto podem ser aplicados a simples jogos de entretenimento como a aspectos significativos da vida em sociedade, inclusive a Economia (Posner, 2003).

Economia comportamental e teoria dos jogos, desse modo, tratariam de exceções que antes ajudam a reformular e aperfeiçoar o modelo da escolha racional que a refutá-lo. E, apesar de todos os desvios, permaneceria um grande poder explicativo dos fenômenos econômicos. Nesse sentido, Posner (2003, p. 19) sustenta a possibilidade de novas explicações dentro da própria teoria da escolha racional, tratando a teoria dos jogos e a Psicologia Comportamental mais como aliados que como inimigos das explicações econômicas.[9] Quando muito, seriam inimigos da escola tradicional da escolha racional, já que não invalidariam a noção central de *eficiência.* Até porque, o fato de encontramos um grande número de situações em que praticamente todos nós tendemos a pensar de forma *ineficiente* não quer dizer que a própria *eficiência* deva ser descartada. Ela não deixa de ser a referência do que seria eficiente!

3.1.2. Resposta às críticas quanto à premissa utilitarista subjacente à Economia.

O utilitarismo é a premissa subjacente à Economia. A ideia de uma moral utilitarista remonta a Jeremy Bentham, contudo, só teria ganhado atenção entre os economistas na década de 50 e 60 do séc. XX, diante da formulação teórica de que pessoas responderiam a incentivos. Segundo essa formulação, se uma alteração de comportamento puder trazer benefícios que superem os custos dessa alteração em certo ambiente, as pessoas alterarão seu comportamento justamente para obter o benefício (POSNER, 2003. p. 3-4).

O que se afirma é que o utilitarismo ao modo de Bentham confundiria o "bom" com o "útil", com o propósito de matematizar a conduta humana por meio do "[...] cálculo entre os prejuízos e os benefícios das ações humana" (CRUZ e SALDANHA, 2015, p. 52). Também se costuma assumir uma versão universalizante e caricata, que acusa o utilitarismo de endossar atitudes completamente aberrantes (por exemplo, o estupro de uma mulher por 10 homens já que, comparativamente, o estupro estaria produzindo "mais felicidade geral", a dos dez estupradores, superando o indescritível mal causado à vítima). Entretanto, nenhum utilitarista, nem mesmo o mais radical, chancelaria esse tipo de coisa. Mas essa não é a crítica mais forte.

[9] "[…] desvios sistemáticos aparentes da racionalidade são, no mínimo, um desafio para o teórico da escolha racional, para que, pelo menos, pense mais cuidadosamente sobre a natureza do comportamento racional" (POSNER, 2003, p. 19, tradução nossa).

(cc) BY

O problema maior diria respeito às raízes utilitaristas no plano filosófico, confrontando o cálculo utilitário com os problemas da *incerteza* e da *infinitude*, como bem sintetizam Cruz e Saldanha (2015) no ataque ao consequencialismo de Posner. A base dessa crítica é a premissa de que "[...] jamais será possível saber quais as consequências *reais* de uma ação" (CRUZ e SALDANHA, 2015. p. 54). É por conta dessa circunstância que, Cruz e Saldanha (2015, p. 54) entendem que "a entropia seria desconsiderada pelo raciocínio utilitário, o qual acreditaria sempre ser possível saber qual seria o resultado de uma ação". Isso equivaleria dizer que o utilitarismo estaria preso ao paradigma newtoniano de uma ciência causal e de um universo que funcionaria com uma engrenagem de relógio. A crítica, contudo, diz respeito muito mais à forma de se pensar uma ciência (a Microeconomia inclusive) nos dias de hoje do que a um problema com a causalidade.

Para responder à primeira objeção, é crucial distinguir os possíveis significados do termo "utilidade". Como vimos acima, a AED não precisa atribuir nenhum conteúdo específico à "utilidade" de um agente. Trata-se de um conceito formal e instrumental, que auxiliará o economista a lidar com os incentivos que um agente tem para se comportar de alguma forma. A "utilidade", no sentido que se usa na AED, não é, de forma nenhuma, portanto, sinônima da "utilidade" do sentido ético, que aparece nas teorias utilitaristas de Mill e Bentham, por exemplo. A AED, apesar de consequencialista, não precisa ser utilitarista. De fato, o próprio Posner é um opositor do utilitarismo ético, pois, em primeiro lugar, ele é um cético moral em sentido abrangente (POSNER, 1999). Em segundo lugar, Posner tem fortes objeções contra o utilitarismo especificamente. Para ele, uma teoria ética que tenha pretensões de confrontar e sobrepujar nossos "gut feelings" morais arraigados é simplesmente ingênua, se não for tola. Um esforço tão alheio a nossa experiência seria antipragmático e, portanto, completamente dispensável normativamente (POSNER, 2010).

Quanto à segunda objeção, não vamos ingressar aqui nas questões mais intrincadas da *teoria da incerteza*, mas o ponto é que uma ciência como a Economia não está preocupada com uma teoria que preveja *todos os fatos*. Isso, aliás, seria uma *descrição* e não uma teoria. Teorias estão interessadas na descrição de regularidades, para delas extrair formulações que permitam *alguma previsibilidade*. Encontrar essas regularidades é o que a Economia e as ciências em geral fazem, quando formulam suas teorias. É com isso que explicam o funcionamento das coisas *apesar* dos problemas que a causalidade apresenta. Diante da regularidade na queda dos corpos, se pôde pensar na lei da gravitação, reduzindo a complexidade de inúmeros outros eventos, como a órbita dos planetas e a velocidade dos corpos, por exemplo. A Lei da gravidade, contudo, não abrangeu toda a complexidade dos fenômenos que cercam a gravitação. Foi preciso a teoria da relatividade para reduzir a complexidade ainda mais.

Entretanto, sempre haverá mais complexidade a se reduzir, pois sempre haverá o que conhecer. Mesmo uma "teoria de tudo", ao modo de Stephen Hawking, *continua* sendo uma teoria. Leis da Física, da Economia ou da Química, por exemplo, não descrevem propriamente fatos ou como eles devem ser, descrevem regularidades. No caso da Física, são regularidades de partículas, átomos e do que estaria se comportando como matéria, por exemplo. No caso da Economia, as regularidades do cenário econômico, tais como o mercado e seus agentes (inclu-

(cc) BY

ídas as instituições), isso é, como se comportam nesse cenário preços, oferta, demanda, os agentes reagem a determinados incentivos e assim por diante.

Contudo, as "leis" que "extraímos" dessas regularidades são as mesmas que aplicamos *em busca de previsibilidade*. Tais leis retornam à observação (no tempo) para serem testadas, de modo que o observador possa ver se as regularidades persistem, e, assim como as leis do direito, seriam *aplicadas* às versões dos fatos que construímos e de onde extraímos nossas previsões. Essa "aplicação" é sempre uma interpretação que busca confrontar a coerência entre as regularidades observadas e essas leis, para sabermos se estas últimas não só descrevem, mas *preveem* adequadamente as primeiras.

A ciência é reducionista por excelência e está sempre em busca dessa epifania explicativa (HORGAN, 2002). Não é diferente com a Economia. Ela não pode predizer se "A" ou "B" irão comprar um produto "x" com desconto, mas pode dizer que a escassez de "x" implicará em uma maior demanda, a qual, por sua vez, pressionará os preços para cima. Não há mais a fantasia de que o cálculo utilitário acertará suas previsões. Tanto que o consequencialismo é uma "dupla profissão de fé": *acredita* (isso é, não tem certeza científica!) que as consequências que previu acontecerão e que elas efetivamente impactarão na utilidade tomada pelo agente. O que interessa, pois, são as regularidades que se pode extrair do fenômeno econômico e como a complexidade que elas apresentam pode ser reduzida a teorias para *melhorarmos* nossa previsibilidade e, não, para descrevermos o futuro.

A previsibilidade é importante, pois a racionalidade econômica, como já dissemos, não significa onisciência, não equivale a um cálculo estratégico de todas as variáveis envolvidas: é pouco mais do que uma escolha que liga meios a um determinado fim. A Economia, portanto, é uma ferramenta de incremento na nossa capacidade de previsibilidade, embora não consiga *descrever* o futuro. Acreditar que ela pudesse fazê-lo é que seria estar preso ao paradigma newtoniano de um universo como engrenagem de relógio. Entender as regularidades e como elas permitem alguma previsão é algo em perfeita sintonia com o argumento da *incerteza*. É, portanto, de previsibilidade que tratam utilitarismo e consequencialismo.

3.1.3. Resposta à crítica da substituição da ideia de justiça pela de útil ou de eficiência

Posner (2003) não defende, segundo o lemos, uma substituição *a seco* dos conceitos de "justo" ou de "bom", pelos conceitos de "útil" e de "eficiente". Em sua proposta, a "ideia de justiça" não dá lugar à outra noção, ela simplesmente *não cabe* no corpo teórico atual da microeconomia aplicada à AED. Não faz sentido para um economista a preocupação com os valores de "bom" ou "justo" porque eles são dados pelo *agente*. É o agente – repita-se – quem elegerá a utilidade a ser perseguida, contando com a Economia (e com a AED) para dizer da *eficiência econômica* dos meios empregados para esse fim.

Por outro lado, é claro que a Economia e, da mesma forma, a AED têm um caráter prescritivo, que é pautado justamente pela ideia de eficiência. Mas ele se volta para *a adequa-*

(cc) BY

ção dos meios, confiando na previsibilidade da conduta do agente racional. Ou seja, o que a microeconomia oferece é um instrumental teórico analítico para uma previsão tanto quanto possível mais acurada da conduta de agentes econômicos – pensados enquanto maximizadores racionais de seus interesses – e, com isso, obter uma alocação eficiente de recursos.

Todavia, conforme ilustra o próprio Posner (2003), o mercado "entende" que a alocação dos recursos será mais eficiente quando o recurso estiver na mão de quem fizer a maior oferta por ele. O pressuposto aqui (com ressalvas da teoria dos jogos e da Economia comportamental) é o de que essa intenção (de pagar mais) mostraria que o recurso será mais útil (economicamente falando) na mão do ofertante. Mas como fazer quando a situação envolve, por exemplo, transplantes de órgão em humanos? É "justo" tratar esse tipo de situação como se órgãos fossem um "recurso" que pudesse ser "alocado" com quem está disposto a pagar mais por ele? Poucos no âmbito da AED ignorariam o fato de que as diferenças sociais frustrariam completamente uma troca do "justo" pela ideia de "eficiente" aqui. Claramente, os transplantes seriam feitos somente para pessoas com recursos, deixando sem vez aqueles que estão em condições econômicas menos favorecidas.[10]

Por seu lado, a Economia também não pode dizer que um sistema econômico é intrinsecamente melhor do que o outro, mas pode dizer que o tabelamento de preços gerará filas de demanda em um sistema capitalista típico. Com a ajuda da Psicologia Comportamental, também pode dizer que faz diferença ser adotado como política pública de incentivo à doação de órgãos o fato de a pessoa ser, presumidamente, um doador, a não ser que ela *opte* pelo contrário. Comprovadamente, a situação inversa, isso é, adotar como política pública a condição de não doador, a não ser que a pessoa *opte* por sê-lo, conduzirá, presumivelmente, a um número de doadores inferior para uma mesma população.

Acreditamos, assim, termos respondido às críticas comumente dirigidas à AED. Antes de seguirmos, entretanto, cabem mais alguns esclarecimentos sobre esse tema.

4. Ultimas Considerações

A Economia (*rectius*, a Microeconomia) de que se utiliza a AED, como já pontuamos, tem pouco a dizer sobre os *valores* que devem ou não inspirar os agentes econômicos, o que equivale a afirmar que ela tem pouco a dizer sobre qual *deve* ser o bem jurídico a ter maior ou menor proteção legal. Mas, apesar de ter pouco a dizer sobre quais devem ser os fins escolhidos ou almejados pelo legislador, tem muito a dizer sobre os meios escolhidos para alcançar esse fim. Da mesma forma, a AED, como regra, não dirá se é intrinsecamente certo ou errado tratar crimes de colarinho branco como hediondos ou não. Mas pode mostrar que diminuir a corrupção favorece a *eficiência* econômica do Estado e que a certeza da punição – e não pro-

[10] A própria Economia *sabe* desse fato, no entanto, descarta a livre comercialização de órgãos como política pública, dada a forte escassez e a provável distorção na distribuição desses bens. Sabe-se, em última análise, que a disposição para pagar o maior preço não pode ser tomada aqui como critério de utilidade, pois um órgão seria tão útil para o rico quanto para o pobre que necessita do transplante, ou seja, não há como comparar as duas vidas.

(cc) BY

priamente o aumento da pena – é um mecanismo de desincentivo para corruptos e corruptores, ao aumentar o custo de transação dessas manobras ilícitas.

A expertise da AED, nesse sentido, está muito mais em analisar as consequências de certas escolhas e decisões, para dizer se elas são ou não *eficientes*, do que dizer sobre a real utilidade ou, o que dá no mesmo, do acerto ou do erro da escolha de determinados fins. A Economia (e não a moral) seria uma forte candidata a apresentar um bom panorama sobre certas decisões. Mas disso não decorre que ela teria as *respostas corretas*, isso é, que a AED seria uma *first best*, como sugerem Sunstein e Vermeule (2003). Parte da razão para isso se dá no próprio esclarecimento de que a Economia não pode dizer qual a utilidade deve ser perseguida pelo *agente*. Também não pode dizer, consequentemente, qual é a utilidade a ser perseguida pelo Estado, ainda que tenha uma inspiração declarada no utilitarismo de Bentham. Pelo menos não em termos Microeconômicos. Ela pode dizer dos custos de transação sobre este ou aquele modelo, de meios mais e menos eficientes para determinados fins, mas não pode dizer qual é o *interesse público* (o que quer que isso signifique) a ser perseguido ou protegido.

Economia e AED, nesse sentido, não podem ser prescritivos. Consequentemente, não podem dizer quais valores devem ou não ser eleitos por uma sociedade. Podem, quando muito, ajudar a prever o (e interceder no) ambiente social.[11] Mesmo que se queira usar uma teoria moral para resolver essa questão, isso não mudaria a crítica de Posner (2008), no sentido de que situações sensíveis e complexas postas perante o Direito nunca teriam *uma resposta correta* (demonstrável e de valência universal) no próprio Direito ou em uma teoria moral (mesmo a teoria utilitarista típica).

O que Posner sugere é que nenhuma resposta pode ser tida como correta nesse tipo de situação, tanto que ele encampa, por um lado e em alguma medida o pragmatismo de Rorty (1998); por outro, afirma que "[p]ode-se aceitar boa parte da jusfilosofia defendida por Dworkin, em especial sua rejeição ao positivismo jurídico, quer como descrição, quer como diretriz para o processo decisório dos juízes norte-americanos" – embora rejeite *concomitantemente* o moralismo dworkiano.

O próprio Posner, reiteradas vezes (POSNER, 1990; POSNER, 1995, POSNER 1999), é convicto ao afirmar que a AED, por si só, não pode ser um método normativo suficiente e abrangente. De fato, para ele, ela está circunscrita em uma abordagem normativa mais ampla, que é o pragmatismo (POSNER, 1995, Introdução). O pragmatismo, assim como a AED, está primariamente preocupado com as consequências. Mas também parte de outras fontes, como, em boa medida, o senso comum, e se limita a oferecer propostas de políticas, sem pretensões morais. O pragmático não considera, por exemplo, que conseguirá extrair respostas a um problema por argumentos de forma silogística (Ibidem, p. viii). Por outro lado, daí não decorre a conclusão de que o pragmatismo seja uma teoria "rasa" e que não use procedimentos sofisticados para auxiliar o tomador de decisão. O pragmático busca esses procedimentos, mas em

[11] Nesse sentido: "Não afirmo que as teorias econômicas e biológicas sejam bem-sucedidas por serem verdadeiras; não afirmo sequer que são verdadeiras. São bem-sucedidas porque nos ajudam a prever, compreender e, em pequena medida, controlar nosso ambiente físico e social, porque produzem um conhecimento que afeta a realidade (o critério pragmático do conhecimento)" (POSNER, 2012, p. 21).

(cc) BY

locais em que teóricos morais não costumam se aventurar – em evidências empíricas e na interdisciplinaridade com ramos da ciência, por exemplo. O pragmatismo não é uma teoria "de cima para baixo" (como a AED e como teorias morais sistemáticas, como as de Dworkin e Rawls) e nem "de baixo barra cima" (como abordagens fundadas no raciocínio analógico e a ideia dos acordos incompletamente teorizados, de Sunstein). O pragmatismo *usa* abordagens dos dois tipos, mas não se limita a nenhuma delas, vai além delas, por também ser mais horizontal.

Ainda assim, poucos de seus críticos no Brasil acreditariam que a frase usada na epígrafe seria dele e, menos ainda, que isso teria sido dito em sua principal obra de AED. Porém a frase é dele e vem em um contexto que merece ser transcrito:

> Há mais no que toca às noções de justiça do que uma preocupação com eficiência. Não é obviamente ineficiente permitir pactos de suicídio; permitir a discriminação privada por motivos raciais, religiosos ou sexuais; permitir matar e comer o passageiro mais fraco nas circunstâncias da salvação do desespero genuíno; forçar as pessoas a darem testemunho incriminatório; açoitar prisioneiros; permitir que os bebês sejam vendidos para adoção; permitir o uso de força mortal em defesa de um interesse de propriedade pura; legalizar a chantagem; dar a criminosos condenados a escolha entre a prisão ou a participação em experiências médicas. No entanto, todas essas coisas ofendem o senso de justiça dos americanos modernos, e todas são em uma extensão maior ou menor (geralmente maior) ilegais. Será feito um esforço neste livro para explicar algumas dessas proibições em termos econômicos, mas a maioria não pode ser explicada; Há mais do que economia para a justiça, um ponto que o leitor deve ter em mente ao avaliar declarações normativas neste livro (POSNER, 2003, p. 28, tradução nossa)

Em resumo, colocar a AED em sua *melhor luz* significa entender seus limites e contribuições na hora de usá-la como um instrumental analítico-prescritivo para o Direito. Retomando a epígrafe de Posner (2003, p. 28), é importante saber que há "[...] muito mais no Direito que a Economia". Consequentemente, para nós, também a proposta consequencialista de Posner (2008), em sua melhor luz, significa que, *se* não há uma resposta correta em matéria de casos difíceis, o melhor que podemos fazer é prestar atenção nas consequências de uma decisão. No exame dessas consequências é que entra a Economia como *uma* (e não a única)[12] ciência que tem conhecimento acumulado e um bom instrumental teórico para ser empregado nessa tarefa.

5. Referências

BLAUG, Mark. **Economic Theory in Retrospect**. New York: Cambridge, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Anti-Theoretical Claims About Legal Interpretation: the Argument Behind the Fallacy. Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation, pp. 95-110. **Springer International Publishing**, 2015. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-16148-8_7. Acesso em 06.10.2016.

[12] A Neurociência, igualmente, oferece um instrumental analítico ainda mais profundo, já que nos ajuda a entender a própria moral e as origens do direito (cf. WYKROTA, 2017).

(cc) BY

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. **The Yale Law Journal**, vol. 70, no. 4, 1961, pp. 499–553.

CLARK, Giovani; CÔRREA, Leonardo; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito da UFMG**, número especial em memória do professor Washington Peluso, p. 265-300, 2013.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Classic Papers in Natural Resource Economics**. Palgrave Macmillan UK, 1960. pp 87-137.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. Berkeley Program in Law & Economics, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e SALDANHA, Fernanda Monteiro. Por uma interpretação não utilitarista do Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.) **(O) Outro (e) (o) Direito**. vols. I, Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 52-113.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, Emílio Peluso Neder MEYER, e Eder Bomfim RODRIGUES. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta. Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DE LELIS, Davi Augusto Santana e COSTA, Lorena Vieira. Julgamento moral, economia e políticas públicas. **Revista Jurídica da Presidência**. n.18.114, 2016, pp. 119-144.

DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A Análise Econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, 2013. p. 327-352.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Claredon Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. Darwin's new bulldog. In **Harvard Law Review**, Vol. 111, no. 7, 1998, pp. 1718-1738.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. London: Harvard University Press, 2006.

FARMER, Roger. **Macroeconomics**. Cincinnati: South-Western College Pub, 1998.

HORGAN, John. **A mente desconhecida: por que a ciência não consegue replicar, medicar e explicar o cérebro humano**. trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Editora Objetiva, 2012.

POSNER, Richard Alan. **Economic Analysis of Law**. 6a ed. Vol. 869. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard Alan. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. **NYU Ann. Surv. Am**. L., v. 63, p. 9, 2007.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

POSNER, Richard A. **Overcoming law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

(cc) BY

POSNER, Richard A. **The problematics of moral and legal theory.** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence.** Cambridge: Harvard University Press, 1990.

SHERMER, Michael. **Cérebro e Crença**. Trad. Eliana Rocha. São Paulo: JSN Editora, 2012.

SHERMER, Michael. **How we believe: Science, skepticism, and the search for God**. Newyork: Owl Books, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** 6. ed. São Paulo: Edições LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. Michigan Law Review, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

WYKROTA, Leonardo Martins. **Direito Constitucional Contemporâneo e Análise Institucional do Judiciário: um diálogo à luz da Neurociência, da teoria da evolução e do pragmatismo.** Tese de doutoramento. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2017.

(cc) BY