

ENTRE O “HOMO HERMENEUTICUS” E O “HOMO ECONOMICUS”: UMA CRÍTICA ÀS BASES EPISTEMOLÓGICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Between the "homo hermeneuticus" and the "homo economicus": a critique of the epistemological foundations of economic analysis of law

Luiz Eduardo de Sousa Ferreira¹
Jonnas Esmeraldo Marques de Vasconcelos²
Raique Lucas de Jesus Correia³
José Euclimar Xavier de Menezes⁴

RESUMO

Este artigo trata de um estudo das bases epistemológicas que orientam a construção da Análise Econômica do Direito (AED). O objetivo proposto foi o de compreender e investigar os pressupostos e as bases centrais da AED e confrontá-las com as bases do pensamento filosófico da hermenêutica jurídica, de modo que fosse possível observar eventuais dilemas e questões que exurgem das propostas divergentes quanto à compreensão do que orienta e cerca a construção do “sujeito do conhecimento”. A pesquisa realizada foi de caráter descritivo, o método que forneceu as bases procedimentais foi o exploratório. A coleta de informações foi realizada por meio de revisão bibliográfica. Concluiu-se que a partir da filosofia hermenêutica é possível traçar críticas ao paradigma filosófico que está no centro nevrálgico da AED, qual seja, o do racionalismo, e que por isso, o Direito enquanto instituto erigido na historicidade de seus conceitos encontra percalços à sua autonomia ao se alinhar com este modelo de análise.

¹ Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas pela Universidade Salvador. Membro do Grupo de Pesquisa Políticas e Epistemes da Cidadania/GPPEC/UNIFACS/CNPq. E-mail: l.eduardosf13@gmail.com.

² Doutor, Mestre e Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal da Bahia e da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em "Direito, Governança e Políticas Públicas" da Universidade Salvador. Pesquisador Visitante (modalidade bolsista) do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada - IPEA. Pesquisador do Grupo Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social/TTDPS/UFBA e do grupo Globalização da Política. E-mail: jm.vasconcelos@ufba.br

³ Doutorando e Mestre em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador, na condição de Bolsista CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Políticas e Epistemes da Cidadania/GPPEC/UNIFACS/CNPq. Pesquisador colaborador na equipe de investigação do projeto "Dos Direitos Humanos Aplicados no Contexto do Cárcere e da Cidade" vinculado ao Instituto Jurídico Português/JJP/UPT/Porto. Pesquisador visitante na Universidad de Ixtlahuaca CUI/México, onde realiza Doutorado Sanduíche com bolsa de financiamento do PDSE/CAPES. E-mail: raiquelucas@hotmail.com.

⁴ Doutor e Mestre em Filosofia Contemporânea pela Universidade Estadual de Campinas. Possui Pós-Doutorado em Filosofia Contemporânea pela Pontificia Università Lateranense/Roma. Professor permanente dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em "Direito, Governança e Políticas Públicas" e em "Desenvolvimento Regional e Urbano" da Universidade Salvador. Líder do Grupo de Pesquisa Políticas e Epistemes da Cidadania/GPPEC/UNIFACS/CNPq. E-mail: jose.euclimar@animaeducacao.com.br.



Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Hermenêutica Jurídica. Decisão. Racionalismo.

ABSTRACT

This article deals with a study of the epistemological foundations guiding the construction of Economic Analysis of Law (EAL). The proposed objective was to understand and investigate the assumptions and central bases of EAL and confront them with the philosophical foundations of legal hermeneutics, in order to observe potential dilemmas and issues arising from divergent proposals regarding the understanding of what guides and surrounds the construction of the "subject of knowledge." The research conducted was descriptive, with an exploratory method providing the procedural bases. Information collection was performed through bibliographic review. It was concluded that from the hermeneutic philosophy, criticisms can be drawn towards the philosophical paradigm at the core of EAL, namely rationalism, and that therefore, Law as an institute erected in the historicity of its concepts encounters obstacles to its autonomy when aligned with this analytical model.

Keywords: Law and Economics. Legal Hermeneutics. Decision. Rationalism.

1 INTRODUÇÃO

O Direito é um fenômeno social complexo, e como tal, abarca possibilidades amplas de paradigmas de compreensão. A epistemologia desempenha papel fundamental na construção destes paradigmas, de modo que funciona como o primeiro passo para o estabelecimento de determinada teoria (Japiassu, 1977). A epistemologia, assim como qualquer conceito que envolve a produção do conhecimento, está inserida num contexto que está condicionado pelas nuances ideológicas, pelos sujeitos envolvidos e, principalmente, pela historicidade (Japiassu, 1977).

No campo das ciências jurídicas, muito se tem discutido sobre a natureza e a fundamentação desse tipo de conhecimento, seu objeto e métodos, muitas das vezes recorrendo-se, para tanto, a outras disciplinas e áreas do saber, como sociologia, antropologia, filosofia, economia. É o que sucede, por exemplo, com a Análise Econômica do Direito (AED), uma corrente do pensamento jurídico contemporâneo que aplica princípios e categorias próprias das ciências econômicas (particularmente da microeconomia e da economia do bem-estar social), como eficiência, alocação de recursos, maximização da utilidade etc., para examinar/interpretar o Direito e as instituições jurídicas (Salama, 2007; Gico Jr., 2010).

A aplicação da AED se estende por todas as áreas do direito, incluindo contratos, questões concorrenciais e regulatórias, responsabilidade civil, direito ambiental e de família, destacando-se pela sua amplitude e pela capacidade de oferecer uma perspectiva econômica em questões que tradicionalmente não são associadas à economia. Em suma, conforme pontua Gico Jr. (2010), os praticantes da AED, conhecidos como juseconomistas, buscam responder duas questões fundamentais: quais são as consequências de um determinado arcabouço jurídico e qual deveria ser a regra jurídica ideal para maximizar benefícios sociais e econômicos.

Por outro lado, embora se reconheçam as importantes contribuições da AED para o aperfeiçoamento de certos mecanismos e instrumentos jurídicos, há um reconhecimento crescente das suas limitações em lidar com questões que não são facilmente quantificáveis ou redutíveis a critérios econômicos. Um dos principais pontos de crítica reside na simplificação excessiva da realidade através de modelos econômicos. Assim como um mapa pode ser uma representação útil, mas não captura toda a complexidade e detalhes de uma paisagem, os modelos econômicos podem omitir variáveis importantes na tentativa de tornar os problemas mais tratáveis. Ademais, a AED se baseia fundamentalmente em critérios econômicos-lógicos-rationais, ignorando critérios valorativos, éticos, subjetivos que são imanentes à práxis jurídica/social e, não obstante, fundamentais para tratar de questões relacionadas à justiça, ao bem comum, à equidade; questões nas quais o Direito toma parte e deve oferecer respostas contundentes.

Por isso, o objetivo deste artigo é o de compreender e investigar os pressupostos centrais da Análise Econômica do Direito (AED) e confrontá-las com as bases da hermenêutica filosófica, questionando-se sobre a existência de eventuais dilemas e questões que exurgem das propostas divergentes quanto à compreensão do que orienta e cerca a construção do “sujeito do conhecimento”.

A pesquisa realizada foi de caráter descritivo, o método, que forneceu as bases procedimentais, foi o método exploratório. Vale salientar que não se pretende detalhar o pensamento de autores que são pilares da AED, mas sim levantar os elementos centrais do paradigma e compreender de que modo é possível analisar os seus postulados.

Este artigo está dividido em cinco seções, incluindo a introdução. A segunda seção trata especificamente da AED e de seus postulados. A terceira, introduz a filosofia hermenêutica, seus conceitos e o projeto de crítica ao paradigma filosófico então dominante, erigido no esquema sujeito-objeto. Na quarta seção, serão colocados em confronto os dois paradigmas analisados, e será estudado de que modo o Direito se posiciona nesse esquema e em suas implicações. Por fim, a quinta e última seção traz as conclusões deste trabalho.

2 PRESSUPOSTOS BASILARES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

Toda categoria de análise é erigida em determinados pressupostos e em determinadas bases. A Filosofia se apresenta como figura *ex ante* na compreensão de fenômenos e de observação de como se organiza a construção de determinado conhecimento. Não é diferente na Análise Econômica do Direito (AED), um movimento teórico e epistêmico que busca aplicar o ferramental analítico da microeconomia ao Direito (Salama, 2007; Gico Jr., 2010). Dentro dessa proposta, várias matrizes particulares de AED emergiram ao longo do tempo, conformando debates entre teóricos como Aaron Director, Richard Posner, Ronald Coase, Guido Calabresi, entre outros (Mackaay, 2000, p.72).

De maneira geral, ao tratar o direito e a economia como ciências do comportamento humano, a AED desenvolve reflexões sobre a aproximação de métodos. O sentido dessa aproximação é, por sua vez, o de compreender os fenômenos jurídicos por meio dos pilares da chamada “ciência econômica”, sobretudo aquela que se conforma em torno da problemática da eficiência em contexto de escassez (Sztajn, 2005; Coase, 2013). Dessa maneira, são os paradigmas da economia neoclássica, tais como os postulados da “escolha racional”, de *homo economicus*, de “maximização das preferências”, entre outros, erigidas dentro da perspectiva do individualismo metodológico, que se tornam o referencial de interpretação e aplicação do Direito (Nunes, 1994). Essa perspectiva se encontra em Posner, por exemplo, ao afirmar que:

The law is a system; it has a unity that economic analysis can illuminate; but to see the unity you must study the system. This book tries to make the

economic principles emerge from a systematic (although necessarily incomplete) survey of legal principles (Posner, 2007, p. XX).⁵

Apesar de existirem diferentes nuances adotadas entre os autores da AED, o que se pretende salientar aqui é a importância que conceitos de matriz microeconômica possuem para essa corrente teórica. E, nesse sentido, notar que a aproximação interdisciplinar com a economia seria importante à medida que contribuiria para o surgimento de melhores soluções para a sociedade (Rosa; Antunes, 2020), uma vez que o direito seria compreendido e orientado por paradigmas “universais” de racionalidade na tomada de decisão. Nesse sentido, aduz Richard Posner:

As conceived in this book, economics is the science of rational choice in a world our world in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call his “self-interest”. Rational maximization should not be confused with conscious calculation. Economics is not a theory about consciousness (Posner, 2007, p.3).⁶

Portanto, destaca-se como elemento central da Análise Econômica do Direito a assunção dos fenômenos jurídicos como uma estrutura normativa que afeta o comportamento humano através de seus comandos legais e de sua compreensão pelos aplicadores e por aqueles que sofrem a regulação. Desdobra-se disso um juízo consequencialista do entendimento do ordenamento posto, visto que o comportamento humano em relação a ele estaria ligado a uma lógica de incentivos/retrações orientado pela maximização de ganhos, nos moldes da razão do *homo economicus*, em toda e qualquer decisão, numa lógica pragmática. Nessa senda, cumpre retomar as palavras de Luiz Fernando Schwartz sobre o consequencialismo:

⁵ Tradução livre: A lei é um sistema; ela tem uma unidade que a análise econômica pode iluminar; mas para ver a unidade você deve estudar o sistema. Este livro tenta fazer com que os princípios econômicos emergam de um levantamento sistemático (embora necessariamente incompleto) dos princípios jurídicos.

⁶ Tradução livre: Tal como concebida neste livro, a economia é a ciência da escolha racional num mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, assim definida, é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional dos seus fins na vida, das suas satisfações – aquilo a que chamaremos o seu “interesse próprio”. A maximização racional não deve ser confundida com cálculo consciente. A economia não é uma teoria sobre a consciência.

Assim, será tratada como consequencialista tanto a posição que reserva à valoração das consequências da decisão um papel residual no referido juízo de adequação (quando, e. g., entender-se que a consideração das consequências somente deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, i. e., a uma única decisão correta), quanto aquela que admite, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, formas diferentes de argumentação (e. g., a que se ocupa em medir a “distância” da decisão ou de suas premissas daquilo que supostamente seria exigido pela interpretação gramatical de um dispositivo legal ou de um precedente paradigmático) (Schwartz, 2011, p. 131).

Por isso, é inevitável se afastar do juízo consequencialista enquanto pilar central da análise econômica, visto que dialoga diretamente com o pressuposto de racionalidade microeconômica. Conforme argumenta o próprio Posner (2007), as decisões devem estar voltadas a compreender seus efeitos, numa instrumentalização dos institutos jurídicos pensando na eficácia como parâmetro de análise:

Conversely, the judge (and hence the lawyers) cannot ignore the future. Since any ruling of law will constitute a precedent, the judge must consider the probable impact of alternative rulings on the future behavior of people engaged in activities that give rise to the kind of accident involved in the case before him (Posner, 2007, p.22).⁷

Esse tipo de perspectiva se conecta a um importante constructo da modernidade: o paradigma racionalista. Nesse, que tem como marco central a filosofia cartesiana, o sujeito é tomado como se dotado da capacidade “universal” de acesso à verdade através de suas faculdades mentais. Compreende, assim, o mundo através de si mesmo, voltando-se a si mesmo:

Para Descartes, o “Eu” pode produzir um conhecimento que é verdadeiro além do tempo e do espaço, universal no sentido que não está condicionado a nenhuma particularidade “objetivo”, sendo entendido da mesma forma que a “neutralidade” e equivalente à visão do “olho de Deus” (Grosfoguel, 2016, p. 28).

Como se dotado de capacidades metafísicas, os atores racionais, envolvidos no processo de tomada de decisão, maximizam seus ganhos, conseguindo se auto

⁷ Tradução livre: Por outro lado, o juiz (e, portanto, os advogados) não pode ignorar o futuro, dado que qualquer decisão legal constituirá um precedente, o juiz deve considerar o provável impacto de decisões alternativas no comportamento futuro das pessoas envolvidas em atividades que dão origem ao tipo de acidente envolvido no caso que lhe é submetido.

regulamentar. As eventuais interferências políticas desse processo “natural” devem ser rejeitadas, visto que atrapalhariam a alocação de recursos e a melhor tomada de decisão, restando ao Estado apenas o papel residual de dirimir as poucas “falhas de mercado” (Forgioni, 2006). Dessa forma, entrelaçam-se conceitos tanto de filosofia cartesiana, no que se refere a reafirmação da razão individual na tomada de decisões, quanto de compreensão (neo)liberal sobre o Estado para essa rede de decisões. Estado que é tanto uma entidade percebida pelo perigo de interferência indevida na suposta capacidade de auto regulação dos agentes privados, os quais seriam racionais na alocação de recursos, quanto instrumento necessário apenas para corrigir as “falhas de mercado” (Bercovici, 2010, p. 390).

Em tal caso, o que se busca salientar é que o pressuposto de um determinado “sujeito racional”, atento às consequências de suas decisões, que é capaz de maximizar preferências particulares e que, ao fazê-lo, promove o bem geral, permeia as bases epistêmicas da AED. Constructo que se alimenta da hipótese racionalista de acesso à “verdade” e que toma certos comportamentos utilitaristas como inexoráveis, visto que supostamente “naturais”.

3 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A Filosofia Hermenêutica surge num esforço de romper com o domínio das concepções naturalistas que objetificam e instrumentalizam o ser humano e suas relações aos aspectos dados como categorias de análise pelas ciências naturais. Nessa toada, formularam-se conceitos que confrontam a redução da convivência humana aos termos de captura da realidade e objetificação dos conceitos.

Martin Heidegger, por exemplo, propõe uma virada na compreensão da construção do conhecimento calcada no racionalismo, e no que denomina de “esquecimento do ser” (Heidegger, 2005, p. 141). Aqui, Heidegger traz a baila conceitos relevantes para promover o giro ontológico-linguístico, o ser e a própria linguagem. O ser, que é indefinido (Heidegger, 2005), tem como casa e meio de manifestação a linguagem, que está sujeita às condicionantes históricas (Streck, 2014).

Nesse sentido, a construção da filosofia hermenêutica é erigida no conceito central de *dasein*, palavra alemã que traz o conceito de *ser-aí*, ou *ser-no-mundo*, que é o próprio homem, em sua condição indissociável de relacionamento com o mundo, através da linguagem (Streck, 2014). Ou seja, o sujeito está em constante

construção de conceitos e criação de realidade, necessariamente através de sua relação com o mundo e com a história.

Tal concepção rompe, destarte, com a lógica aprisionadora do mundo, realizada pelo sujeito cartesiano e racional, visto que pressupõe a relação circular entre sujeito<>objeto, e não vertical. Sobre a empresa de Heidegger, aduz Gadamer, destacando a diferença entre seus projetos:

Heidegger somente entra na problemática da hermenêutica e das críticas históricas com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a pré-estrutura da compreensão. Já nós, pelo contrário, perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão (Gadamer, 1999, p. 200).

Dessa forma, se extrai que as estruturas que criavam a concepção do “sujeito do conhecimento”, foram o alvo central da ontologia heideggeriana (Stein, 1999), na medida em que este propõe a implosão da lógica da criação de conceitos destituídos de historicidade e de uma construção circular.

Portanto, a compreensão da compreensão se dá aqui rompendo com o primado soberano da “razão do homem”, e a colocando como mais um elemento que participa de uma construção atrelada do mundo, de uma interpretação circular, um círculo hermenêutico. Para Gadamer, um dos pilares da hermenêutica jurídica também trabalha com o conceito de círculo hermenêutico:

Como se começa o esforço hermenêutico? Que consequências tem para a compreensão a condição hermenêutica da pertença a uma tradição? Recordamos aqui a regra hermenêutica, segundo a qual tem-se de compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transferiu da arte de falar para a arte de compreender. Aqui como lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido, na qual está entendido o todo, chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo (Gadamer, 1999, p. 436).

Ou seja, a construção do saber não parte do próprio sujeito, visto que esse sujeito está numa rede ampla de conceitos e relações que condicionam sua maneira de interpretar e compreender o mundo, numa espiral entre a existência de uma estrutura de pré-compreensões, e novas compreensões. É nesse ponto que o giro ontológico-linguístico rompe com as bases da filosofia moderna e dá origem ao “*homo hermeneuticus*”. Não existe manifestação de uma razão universal apartada

da história, da política ou da tradição. A parte é compreendida pelo todo, e vice-versa, no constante movimento de atribuir sentido sob o império das condicionantes supracitadas:

Esse é um modo peculiar de ver o próprio homem: não se trata do animal racional, que se distingue pela sua racionalidade estratégica, pelo seu domínio do raciocínio abstrato, pelo seu logos. O que determina a especificidade do homem é justamente o fato de que ele compreende o mundo, no sentido de que ele confere sentido às coisas (Costa, 2008, p. 13).

Portanto, os principais elementos da hermenêutica derivam da filosofia hermenêutica, desenvolvida pelo giro de Heidegger em relação à filosofia do conhecimento, e da hermenêutica filosófica formulada por Gadamer. Esses elementos incluem o rechaço à crença em uma racionalidade utilitária e centralizadora, típica do "*homo economicus*", e o reconhecimento da linguagem como condutor da atribuição de sentido e da tradição como vetor que condiciona o fluir da compreensão.

Por isso, com a linguagem e a história desempenhando papéis centrais na estruturação do conhecimento e da atribuição de sentido, não se sustenta mais uma compreensão do mundo estruturada com base no sujeito racional e solipsista, que irradia a realidade a partir de si e instrumentaliza o mundo aos seus desígnios:

Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o giro linguístico-ontológico exige que, no interior da própria linguagem, se faça o controle hermenêutico (entre outras coisas, levar-se o texto a sério, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito) (Streck, 2014, p. 306).

Dessa forma, não se fala aqui em império da subjetividade na interpretação e compreensão do mundo, mas na intersubjetividade e na condição humana que necessariamente o faz estar em relação ao mundo e condenado a estar circularmente envolvido com o mundo, produzindo realidades. Tudo isso incide no campo jurídico na medida em que o exercício da interpretação é uma questão central para a aplicação do Direito. Esta aplicação deve estar baseada em algum paradigma, para que sua compreensão seja parametrizada. No caso da

hermenêutica jurídica, esse é o debate central que afasta da concepção utilitária e consequencialista, visto que o entendimento da construção da compreensão é circular e destituída da crença em operações mentais controladas e racionais.

4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA DOGMÁTICA E A PROBLEMÁTICA DO RACIONALISMO

É notável que o confronto epistemológico do paradigma hermenêutico com as bases racionalistas da Análise Econômica do Direito (AED) gera debates e dilemas de aspecto filosófico, descritas no tópico acima. Porém, problemáticas políticas e dogmáticas também decorrem da escolha da filosofia do conhecimento como norte da aplicação do Direito.

Ao colocar o sujeito do conhecimento como epicentro da teoria, a AED faz uma escolha no campo da interpretação, que pressupõe o aspecto natural das relações que visam a maximização dos ganhos e da eficiência, destituído de todo e qualquer elemento histórico e político (Bercovici, 2010). A partir disso, surgem questionamentos quanto à construção histórica desse sujeito que condiciona a interpretação na AED, bem como sobre de que modo a hermenêutica jurídica apresenta um importante contraponto nesse cenário. Em relação ao dilema supracitado quanto à interpretação do sujeito racional, argumenta Lenio Streck:

Vê-se, pois, que a dogmática se reproduz nesse emaranhado discursivo, reconstituindo-se a partir da instituição de uma fala autorizada (Bourdieu). Sobre um significado de base – que é o texto normativo – adjudica-se um sentido que conforta o discurso dominante. A dogmática jurídica atua, assim, como (inter)mediadora, fazendo a hermenêutica (no sentido de um Hermes solipsista). Já não se fala do texto jurídico, devidamente interrogado e mediado pela consciência inserida no devir histórico, mas, sim, do sentido que a esse texto foi dado, de forma objetificante, pelo intérprete (Streck, 2014, p. 222).

Levantando-se tais elementos, e observando-se os pilares estudados nos dois últimos tópicos, verifica-se que teorias como a AED, que se estruturam a partir do pressuposto de racionalidade utilitarista do sujeito, instrumentaliza a dogmática jurídica, na medida em que esta se torna um meio de garantia da eficiência, unicamente.

Não se pode separar a construção do Direito e a sua aplicação, das condicionantes históricas e ideológicas que participam intersubjetivamente com os

sujeitos do complexo processo de formulação do sentido (Warat, 1994, 1995). Por isso, a negação do caráter histórico do conhecimento e o posicionamento dos atores envolvidos como “neutros” são problemáticos na medida em que se possibilita questões como perpetuação de poderes dominantes (Warat, 1994, 1995).

No que se refere a política econômica que se desdobra da AED, aduz Bercovici:

Forjada a partir da perspectiva microeconômica, esta concepção de política econômica vê o Estado apenas como um “mal necessário”, que deve garantir o livre jogo das forças de mercado, mas interferir o mínimo possível no sistema econômico. A opção pelos meios, “neutros” para estes autores, deve se dar de acordo com a melhor “técnica”, abstraindo da reflexão econômica a perspectiva histórica e a da totalidade em que se insere. O Estado, assim, é entendido de modo unilateral, como um ente supra-social, não havendo qualquer espaço para a compreensão da historicidade, do conflito, das disputas sociais e da viabilidade real das recomendações de política econômica (Bercovici, 2010, p. 390).

Ou seja, essas questões quanto ao papel do Estado e do pensamento de afastamentos de externalidades que atrapalhem a neutralidade e racionalidade dos sujeitos se conectam com o projeto da filosofia da consciência erigida notadamente por Descartes (Grosfoguel, 2016), sendo por isso cabível a sua desconstrução como base da aplicabilidade do Direito.

O Direito, como visto no tópico anterior, não pode ser entendido fora de seus pressupostos históricos, linguísticos e discursivos. Mas não é apenas isso que afasta o diálogo da microeconomia, visto que a própria economia não pode ser entendida em termos de neutralidade. Ou seja, não é suficiente indicar que a premissa da análise econômica não é suficiente, mas também é possível apontar que este paradigma também não cabe à própria economia:

Se o sistema interestatal capitalista funciona assim, como se mantém ainda vira a utopia e a ladainha liberal da “reforma” e “despolitização” dos mercados quando pelo menos dois de seus principais “insumos” (a moeda e a energia) possuem preços que obedecer à lógica do poder, ou mesmo da guerra, e não apenas à lógica do mercado? (Fiori, 2020, p. 76).

Ou seja, tanto o Direito quanto a economia invocam a necessidade de se construir o conhecimento em bases que não instrumentalizem as dogmáticas a questões técnicas e afastadas de elementos que são categorias de análise

fundamentais, como José Luis Fiori também alerta ao tratar especificamente da crise brasileira:

É muito difícil para os ideólogos que sonham com o “limbo” entender que no existe vida econômica sem política e sem Estado. É muito difícil para eles entender ou aceitar que as duas “crises brasileiras” são duas faces de um e conto de conflitos e disputas econômicas cruzadas, cuja solução tem que passar inevitavelmente pela política e pelo Estado. Não se trata de uma disputa que pode ser resolvida através de uma fórmula técnica de validade universal. Por isso, é falácia dizer que existem uma luta e incompatibilidade entre a “aritmética econômica” e o “voluntarismo político” (Fiori, 2020, p. 104).

A mesma fala se aplica ao Direito e a construção de sua dogmática, com a ressalva do papel da política e dos voluntarismos, visto que sobre isso a teoria do direito de viés hermenêutico busca estruturar e garantir previsibilidade e integridade, sendo Ronald Dworkin um exemplo notável, e Lenio Streck, no Brasil.

Outra dimensão crítica ao projeto da AED se conecta à dinâmica geopolítica incrustada na construção e difusão cultural, conformando os paradigmas dentro das ciências, como o Direito. Sobre as hierarquias e dinâmicas de produção e consumo do “conhecimento jurídico”, argumenta Daniel Bonilla:

La producción, intercambio y uso del conocimiento jurídico están sometidos a precisos mecanismos políticos. Estos no se despliegan en el vacío, ni se desarrollan de manera arbitraria; están regidos por una serie de rigurosos principios que determinan las condiciones de posibilidad para la creación, comercio y consumo teoría, dogmática y prácticas jurídicas. Estas normas precisan desde quién y dónde se puede crear conocimiento jurídico, cómo se legitima este conocimiento, cuáles son los canales apropiados para su difusión, quién puede usarlo adecuadamente y cómo puede usarse de manera efectiva (Bonilla, 2015, p.28).⁸

Daí se extrai que não se trata apenas do debate filosófico, mas também (geo)político, visto que a adoção da premissa do “sujeito do conhecimento universal” implica na rejeição de sensibilidades sócio-históricas concretas que incidem principalmente no mundo jurídico latino-americano, que constrói fora dos circuitos da colonialidade (Grosfoguel, 2016). Trata-se, por isso, de perpetuar uma racionalidade

⁸ Tradução livre: A produção, o intercâmbio e a utilização do conhecimento jurídico estão sujeitos a uma economia política. Esses processos não ocorrem no vácuo nem se desenvolvem aleatoriamente; São regidos por uma série de regras e princípios que determinam as condições de possibilidade de criação, comércio e consumo de teorias, dogmáticas e práticas jurídicas. Estas regras e princípios especificam a partir de quem e onde o conhecimento jurídico pode ser criado, como esse conhecimento é legitimado, quais são os canais apropriados para a sua disseminação, quem pode utilizá-lo adequadamente e como pode ser utilizado de modo adequadamente eficaz.

de dominação e de mecanismos epistêmicos que impossibilitam a construção de um Direito verdadeiramente autônomo e inserido nos aspectos fundamentais de cada região (Grosfoguel, 2016).

E aqui reside o papel fundamental da hermenêutica como paradigma de confronto à instrumentalização da dogmática e da questão do racionalismo, cristalizando a superação do “*homo economicus*” pelo “*homo hermeneuticus*”, visto que tem como pilar central ser uma *ratio* que rompe frontalmente com os aspectos que sustentam a AED em seu cerne. Se o “*homo economicus*” se define, conforme aponta Robin West (1988, p. 868), como um “maximizador racional infalível de sua própria utilidade”, o que implica que ele sempre sabe o que é melhor para si mesmo e é motivado a buscar isso incessantemente, o “*homo hermeneuticus*”, assim como a figura da “*literary woman*” de West, não é um racionalista hercúleo, sendo capaz de fazer comparações intersubjetivas e se associar as experiências subjetivas dos outros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi levantado, percebe-se que o estudo de bases epistêmicas da Análise Econômica do Direito (AED) aponta para sua conexão com elementos da filosofia moderna do conhecimento, por meio do paradigma do sujeito racional, conhecedor da verdade e capaz de agir como maximizador de bem-estar.

Nesse sentido, se problematizou os dilemas que essa teoria pode desencadear a partir das lentes da hermenêutica filosófica, na medida em que prescinde da construção de conhecimentos históricos, e opta por verdades neutras e universais. Nessa sequência, foi possível estabelecer que a AED apresenta os mesmos dilemas e possibilidades de crítica cabíveis ao paradigma filosófico-moderno, em sentido amplo, visto que parte da premissa de um sujeito que exerce sua manifestação existencial a partir de sua razão, abrindo problemáticos flancos na aplicação e no estudo do Direito, que podem afetar sua autonomia.

O “*homo economicus*” é incapaz de enxergar além de si mesmo, de encontrar a verdade fora de si e de entender a complexidade das experiências humanas sem que essas sejam reduzidas a fórmulas e postulados lógico-econômico-rationais. Dessa forma, se coloca a hermenêutica jurídica como possibilidade dentro da teoria do Direito, como importante marco teórico, político e filosófico, que permite trabalhar

com os fundamentais e imprescindíveis aspectos que são inerentes a *práxis* do Direito, como a historicidade, tradição e construção discursiva.

Um saber sobre o Direito que se pretenda humanizado e articulado com a realidade, não pode prescindir da intersubjetividade e das competências valorativas, éticas, empáticas, da relação entre os sujeitos no/com o mundo. Ora, como lembra Warat (2004, p. 262), “[...] o homem precisa, para executar o projeto de uma pragmática emancipatória, compreender que o que foi radicalmente dilacerado pelas práticas disciplinares do saber e do poder foi sua intersubjetividade”. Portanto, resgatar a intersubjetividade como um elemento central na construção do conhecimento jurídico é fundamental para que novas práticas, alinhadas com aquilo que demanda uma sociedade cada vez mais complexa e plural, possam irromper ante o imobilismo existencial da dogmática jurídica dominante.

Somente uma outra postura diante da vida, como aquela que assume o “*homo hermeneuticus*” lançado no mundo, é que poderá efetivamente instruir, conforme preconizava Warat (2004, p. 83) pela via dos Direitos Humanos, da mediação e da alteridade, “um saber sobre o Direito que reconcilie o homem com suas paixões, tenha respostas de acordo com o mundo e transforme a estagnação de suas verdades em desejos vivos”.

REFERÊNCIAS

- COSTA, A. A. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- BERCOVICI, G. **Política econômica e direito econômico**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 389-406, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67907>. Acesso em: 15 nov. 2023.
- BONILLA, D. La economía política del conocimiento jurídico. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 2, n. 1, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v2i1.53>. Acesso em: 15 nov. 2023.
- COASE, R. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal Of Legal Studies**, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.
- FIORI, J. L. **A síndrome de Babel e a disputa do poder global**. Petrópolis: Vozes, 2020.

FORGIONI, P. A. Análise econômica do Direito: paranóia ou mistificação. *In*: COUTINHO, J. N. de M.; LIMA, M. M. A. B. (Org.). **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimentos em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GADAMER, H.-G. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GICO JR., I. T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic analysis of law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010.

GROSGOUEL, R. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/ sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI. **Revista Sociedade e Estado**, v. 31, n.1, p. 25-49, 2016.

HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo**. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2005.

JAPIASSU, H. **Introdução ao pensamento epistemológico**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

MACKAAY, E. **History of Law and Economics**. 2000.

NUNES, A. J. A. Noção e Objecto da Economia Política. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. XXXVII, 1994.

POSNER, R. **Economic analysis of law**. New York: Aspen Publishers, 2007.

ROSA, A. L. C.; ANTUNES, T. C. Relativização da coisa julgada: uma análise econômica. **Economic Analysis of Law Review**, v. 11, n. 3, p. 49-71, 2020.

SALAMA, B. M. O que é “Direito e Economia”? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. **Direito GV**, Working papers, 2007.

SCHWARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STEIN, E. **História e Ideologia**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1999.

STRECK, L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SZTAJN, R. Law and Economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2005.

WARAT, L. A. **Introdução Geral ao Direito I: interpretação da lei. Temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, L. A. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, L. A. **Territórios Desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEST, R. Economic man and literary woman: one contrast. **Mercer L. Rev.**, v. 39, p. 867, 1988.