

Análise Econômica do Direito

Análise Econômica do Direito

Copyright © 2025 STARLIN ALTA EDITORA E CONSULTORIA LTDA.

ALMEDINA é uma empresa do Grupo Editorial Alta Books.

Copyright © 2025 Claudio Xavier Seefelder Filho, Eduardo Muniz Machado Cavalcanti, João Renato Barbosa David, Juliana Gonçalves Melo.

ISBN: 978-85-8493-xxxx

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2025 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A584

Análise econômica do Direito. Coordenação de Claudio Xavier Seefelder Filho, Eduardo Muniz Machado Cavalcante, João Renato Barbosa David, Juliana Gonçalves Melo. 1. ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2025.

xxx p; 16 x 23 cm.

ISBN 978-85-8493-xxxx

1. Direito e economia. 2. Análise econômica do Direito. 3. Contratos. 4. Tributação. 5. Escolha pública. 6. Eficiência jurídica. 7. Direito comparado. 8. Interdisciplinaridade no Direito. I. Seefelder Filho, Claudio Xavier. II. Cavalcante, Eduardo Muniz Machado. III. David, João Renato Barbosa. IV. Melo, Juliana Gonçalves. V. Título.

CDU: 340.13

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito e economia : interdisciplinaridade : análise econômica do Direito

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que se está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editora-Chefe: Manuella Santos de Castro

Assistente Editorial: Francielle Regina

Vendas Governamentais: Cristiane Mutús

Diagramação: Merit Editorial



Rua Viúva Cláudio, 291 – Bairro Industrial do Jacaré CEP: 20.970-031 – Rio de Janeiro (RJ)

Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419

www.altabooks.com.br – altabooks@altabooks.com.br

Ouidoria: ouvidoria@altabooks.com.br

Editora
afiliada à:



ASSOCIADO



NOTA DA COORDENAÇÃO

Em 1897 já profetizava o Chief Justice (Presidente) da Suprema Corte Americana, juiz Oliver Wendell Holmes Jr. sobre a importância da Economia no auxílio de juízes e advogados, em especial na análise de custo-benefício e a consequências das posições jurídicas escolhidas:

For the rational study of the law the black letter man maybe the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. (...) As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made. In the present state of political economy, indeed, we come again upon history on a larger scale, but there we are called on to consider and weigh the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost. We learn that for everything we have we give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect. (Holmes, 1897, 469 e 474)

A utilização mais efetiva da Economia no Direito teve sua aparição inicial no Século XIX na Europa Continental (Alemanha e Áustria), porém foi apenas na segunda metade do Século XX, mais precisamente a partir de 1960, que a Análise Econômica do Direito (*law and economics*) ganhou projeção mundial com os trabalhos de Ronald H. Coase, em especial o Teorema de Coase, e de outros estudos inovadores de Guido Calabresi, Gary Becker, Richard A. Posner. Desde então, o ensino tradicional do Direito, baseado em hermenêutica e dogmática jurídica, vem recebendo importantes contribuições da ciência econômica.

Nos países com tradição no sistema *common law*, a análise econômica do Direito foi impulsionada por uma rica produção acadêmica a partir de 1960 – em especial nos Estados Unidos da América (EUA) e na Inglaterra - e já se encontra plenamente consolidada como relevante instrumento de auxílio à aplicação do Direito, com destacados estudos produzidos nas mais diversas áreas, tais como no âmbito da

metodologia, epistemologia e noções gerais da Análise Econômica do Direito, da teoria microeconômica e macroeconômica, o modelo das falhas de mercado e o modelo da cooperação privada, análise econômica da propriedade, análise econômica dos contratos, análise econômica da responsabilidade civil, teoria da economia comportamental, teoria econômica do crime, análise econômica aplicada ao Poder Judiciário e aos litígios, análise econômica de por que alguns países são pobres e outros são ricos, papel do Direito no desenvolvimento econômico, análise econômica da tributação, entre outros, os quais constituem material rico e importante para estudos e pesquisas como o qual nos propomos no presente trabalho.

Em Portugal, encontramos a origem dos estudos acadêmicos sobre a análise econômica do Direito em língua portuguesa, com as pioneiras e relevantes contribuições do Professor Fernando Araújo que ensejou uma vasta produção acadêmica em temas relativos às ciências jurídico-econômicas. O presente trabalho conta com prefácio do Prof. Dr. Nuno Garoupa *Professor of Law at George Mason University - Antonin Scalia Law School*, uma apresentação elaborada pelo Professor Dr. Eugênio Battesini, um dos precursores do estudo da Análise Econômica do Direito no Brasil, e uma introdução da lavra da Professora Dra. Rute Saraiva, Associada do Grupo de Jurídico-Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A obra é dedicada aos Professores Doutores Fernando Araújo (Catedrático) e Paula Vaz Freire pela profusão da matéria em língua portuguesa através da Revista Luso-Brasileira de Direito, Seminários e, em especial, pelos ensinamentos nas disciplinas de Economia e Análise Econômica do Direito nos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).

Boston, fevereiro de 2025.

Claudio Xavier Seefelder Filho
Eduardo Muniz Machado Cavalcante
João Renato Barbosa David
Juliana Gonçalves Melo

PREFÁCIO

Convidado pelo Professor Claudio Xavier Seefelder Filho para prefiar a obra “Análise Econômica do Direito:”, gostaria de enfatizar que Análise Econômica do Direito representa atualmente um dos campos mais dinâmicos e transformadores das ciências jurídicas, desafiando paradigmas tradicionais ao integrar rigor econômico à interpretação do Direito. Esta obra coletiva, fruto do esforço dos coordenados e autores representa mais uma contribuição nos estudos luso-brasileiros sobre o tema.

A base conceitual da Análise Econômica do Direito — a aplicação da teoria microeconômica ao Direito, com foco no conceito de eficiência — continua central, mas o campo diversificou-se notavelmente nas últimas décadas. O modelo neoclássico original hoje convive com abordagens comportamentais, teorias institucionais, estudos empíricos, críticas metodológicas (inclusive a partir das *Critical Legal Studies* e do mais recente *Law and Political Economy*) e debates sobre desenvolvimento e justiça social. Além disso, a vertente conhecida como *Public Choice*, ou Escolha Pública, vem reforçando o diálogo entre Direito, Economia e Ciência Política.

Surgido no contexto norte-americano, o movimento do *Law and Economics* rapidamente consolidou-se como uma das principais âncoras da reflexão jurídica naquele país. No entanto, a sua expansão internacional tem enfrentado barreiras culturais, institucionais e metodológicas que merecem ser analisadas com cuidado. Ainda que a globalização do ensino jurídico tenha popularizado o *Law and Economics* em muitas faculdades e centros de pesquisa ao redor do mundo, a sua influência nos discursos jurídicos tradicionais permanece limitada fora dos Estados Unidos.

No Brasil, a trajetória da Análise Econômica do Direito tem sido particularmente expressiva, configurando talvez o mais promissor caso de recepção no mundo lusófono. As conferências anuais da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) desde 2009, assim como a crescente oferta de cursos e publicações, são sinais claros desse progres-

so. Ainda assim, o movimento enfrenta obstáculos epistemológicos, terminológicos e ideológicos. A própria tradução de *Law and Economics* gerou inicialmente incertezas — “Análise Econômica do Direito” versus “Direito e Economia” — que refletem disputas mais profundas sobre o escopo e a identidade metodológica da área. Além disso, a ideia de que se trata de um movimento neoliberal ou economicista ainda desperta resistências, apesar da evidência de que abordagens progressistas (como as da escola de Yale) são perfeitamente compatíveis com o método.

É nesse contexto que se insere a presente obra coletiva, coordenada pelo Professor Claudio Xavier Seefelder Filho e por Dra. Juliana Gonçalves Melo, Dr. Eduardo Muniz Machado Cavalcante e Dr. João Renato Barbosa David intitulada *Análise Econômica do Direito: Fundamentos Teóricos e Debates Práticos – Uma Abordagem Multidisciplinar para Acadêmicos e Profissionais*.

Trata-se de mais uma contribuição significativa para os estudos lusobrasileiros sobre o tema, congregando vozes de Brasil, Portugal e Angola. A obra conta com apresentação do Professor Eugênio Battesini e introdução da Professora Rute Saraiva (FDUL), e presta ainda uma justa homenagem aos Professores Fernando Araújo e Paula Vaz Freire — referências incontornáveis da Análise Econômica do Direito em Portugal.

O desafio que esta obra propõe não é apenas teórico, mas também pragmático: como tornar o *Law and Economics* útil e adaptado à realidade jurídica brasileira ou lusófona? O que está em causa é mais do que a importação de um modelo estrangeiro — trata-se da apropriação crítica de uma metodologia para fins locais. Direito é, afinal, um instrumento de regulação da realidade. Direito brasileiro é a tentativa de regular e organizar a realidade brasileira. O *Law and Economics* do Direito brasileiro, portanto, deve ser uma ferramenta que respeita essa especificidade, mas que também amplia as possibilidades de análise e intervenção jurídica.

A publicação ora prefaciada está à altura desse desafio. Os capítulos que compõem o volume demonstram maturidade teórica, pluralismo metodológico e compromisso com a interdisciplinaridade. Inspiram-se na profecia de Oliver Wendell Holmes Jr., segundo a qual o “homem do futuro” dominará tanto a lei quanto a economia. Que esta obra

sirva, pois, como fonte de inspiração para novas pesquisas e práticas jurídicas comprometidas com a complexidade do nosso tempo.

Nuno Garoupa

Professor

George Mason University - Antonin Scalia Law School

Washington D.C., maio de 2025.

Amostra

APRESENTAÇÃO

Foi com enorme prazer que aceitei o convite formulado pelo professor Claudio Xavier Seefelder Filho para apresentar a obra por ele idealizada denominada Academia em Análise Econômica do Direito, a qual reúne coletânea de estudos gestados no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Tenho acompanhado com interesse e proximidade as atividades acadêmicas do professor Seefelder, além do que tive o privilégio de realizar meus estudos de pós-doutoramento em análise econômica da responsabilidade civil do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do professor Fernando Araújo.

Empreendimento acadêmico de natureza interdisciplinar, caracterizado pela comunicação em via de mão dupla, o movimento de direito e economia é usualmente definido como “a aplicação da teoria econômica e de métodos econométricos no exame da formação, estrutura, processos e impacto do direito e das instituições jurídicas”. Possui consistente trajetória, tendo evoluído “de um pequeno e esotérico ramo de pesquisa com economia e direito para um substancial movimento que tem auxiliado a ambos, redefinindo o estudo do direito e expondo a economia às importantes implicações do direito” (MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*, 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1).

Concebido a partir das contribuições seminais de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*, 1960), Guido Calabresi (*The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, 1970) e Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 1973), a segunda onda de pesquisa interativa direito-economia consolidou-se como campo de pesquisa no meio acadêmico norte-americano e vivenciou processo de internacionalização a partir da década de 1990 (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 23-25; MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit, eds. *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham:

Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 65-117, e; BATTESINI, Eugênio, *A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada, dos Precursores à Pós-Modernidade*, Revista Jurídica Luso Brasileira - RJLB, Ano 5, nº 1, 2019, p. 598-693, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3557546>. Vislumbrando o panorama atual, possível qualificar o movimento de direito e economia como “um produto claramente norte-americano”, mas que tem se caracterizado pelo forte envolvimento intelectual favorável à sua recepção fora dos Estados Unidos, identificando-se a existência de um “estilo europeu de direito e economia”, com destaque para a produção acadêmica e instituições de ensino e pesquisa da Alemanha, Itália e Holanda (MATTEI, Ugo; ANTONIOLLI, Luisa e ROSSATO, Andrea. *Comparative Law and Economics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit eds.. *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 506, e; BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: Editora LT, 2011, p. 83-90).

O movimento de direito e economia caracteriza-se: pela articulação em correntes de pensamento, com ênfase nas escolas de Chicago e de Yale (*New Haven*) e contribuições da teoria das escolhas públicas (*public choice*), da escola Austríaca, do institucionalismo/neoinstitucionalismo, da teoria dos jogos e economia comportamental, e; pela diversidade temática, compreendendo duas tradicionais linhas de pesquisa, a que destaca a importância do *rule of law* e das instituições jurídicas para o desenvolvimento econômico e a que realiza a análise micro-econômica das regras jurídicas, com ênfase nos institutos de direito privado, responsabilidade civil, propriedade e contratos (MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*, 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 2-5; GAROUPA, Nuno. *Trends in Comparative Law and Economics*. London: Anthem Press, 2022, p. 1-4, e; BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LT, 2011, p. 71-83 e 90-97).

Nos países de língua portuguesa, merece destaque o caso emergente do Brasil, o qual apresenta uma situação até certo ponto *sui generis*, caracterizando-se por uma recepção tardia na década de 2000 e pela expansão exponencial a partir da década de 2010. Crescente tem sido o interesse pela análise econômica do direito no meio acadêmico e a

sua utilização como fundamento decisório pelo Judiciário, sobretudo a partir da edição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Lei 13.655/2018), a qual, introduziu o dever de o magistrado levar em consideração as consequências práticas da decisão judicial.

Estudos empíricos evidenciam a ascendente utilização de fundamentos de análise econômica do direito no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, como consequência lógica, tal ferramental analítico tem sido utilizado também em outros níveis do sistema judicial (BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giácomo; TIMM, Luciano B. *O Movimento de Direito e Economia no Brasil*, p. 17-21. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010; CAON, Guilherme M. *Análise Econômica do Direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, e; THEVENARD, Lucas. *Análise Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. Disponível em <https://dej.fgv.br/noticias/analise-economica-do-direito-na-jurisprudencia-do-stj>).

Em Portugal, a pesquisa científica e a produção acadêmica em direito e economia têm como farol a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com destaque para a atuação da professora Paula Vaz Freire e do professor Fernando Araújo, autor da obra clássica *Teoria Econômica do Contrato*, 2007. Compreende-se, pois, a realização de estudos como os que compõem a obra *Academia em Análise Econômica do Direito* como fruto de atividades de pesquisa realizadas no âmbito das disciplinas de Economia e Análise Econômica do Direito, nos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Organizada por Claudio Xavier Seefelder Filho, Eduardo Muniz Machado Cavalcante, João Renato Barbosa David, Juliana Gonçalves Melo, a obra *Academia em Análise Econômica do Direito* conta com a participação de mestrandos e doutorandos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em estudos que compreendem amplo espectro temático e adotam diferentes perspectivas analíticas. António Tobias Simba Rafael realiza análise econômica da contratação pública em Angola. Beatrice Duran Cardenas de La Quintana analisa a cláusula de *hardship* sob a perspectiva da análise econômica do direito. Claudio Xavier Seefelder Filho realiza dupla contribuição, analisando o *holdup*

contratual e a *public choice theory* em perspectiva histórica e contemporânea. Em dupla contribuição, Eduardo Muniz Machado Cavalcanti analisa o *smart legal contract* como instrumento de tutela da confiança, à luz da teoria econômica dos contratos, e estabelece a conexão entre Adam Smith e a teoria moderna da tributação. Henrique Yalima Muenecongo Júlio realiza análise econômica do contrato de licença de patente de medicamento de direito de propriedade industrial. João Renato Barbosa David analisa os custos de transação da adoção dos *smart legal contracts*. Em dupla contribuição, Juliana Gonçalves Melo realiza análise econômica dos contratos públicos de concessão, à luz dos contratos incompletos e dos custos de transação, e realiza reflexões conectando a liberdade e prosperidade em Adam Smith e a Lei de Liberdade Econômica. Maria Julia de Souza Rocha de Macedo realiza análise econômica das Cláusulas Contratuais de Limitação de Responsabilidade. Nelson Camolese dedica-se à investigação empírica da hipótese de equidade e justiça no jogo do ultimato. Philippe Magalhães Bezerra analisa a discricionariedade nas contratações diretas no Brasil à luz da teoria das escolhas públicas.

A iniciativa, que se comprova exitosa, revela que são variados os campos em que se torna possível um olhar do fato jurídico para além do tradicional, e novas soluções surgem desse exercício. Um outro objetivo desta iniciativa consiste em mostrar que a análise econômica do direito disponibiliza instrumental analítico valioso que também pode ser utilizado em outros contextos, mesmo que aqui não tenham sido enfrentados.

Por fim, agradeço a oportunidade gentilmente oferecida pelos organizadores para realizar a apresentação desta obra, e parabênzulo pelo trabalho sério, consistente e de excelência de todos aqueles envolvidos nesta produção.

Boa leitura!

Eugênio Battesini

Procurador Federal. Professor e Diretor Adjunto da Escola Superior da Advocacia-Geral da União. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

SOBRE OS COORDENADORES

Claudio Xavier Seefelder Filho

Doutorando em Direito e Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, Visiting Professor no *Boston College Law School* e na Universidade Autônoma de Barcelona da Espanha, Mestre em Direito Tributário e Desenvolvimento Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Professor de Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Financeiro e Direito Processual Civil, Autor de diversos livros e artigos, Procurador da Fazenda Nacional com atuação perante o Supremo Tribunal Federal.

Eduardo Muniz Machado Cavalcanti

Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito e Economia pela Universidade de Lisboa, Portugal. Visiting Scholar na Boston College Law School. Autor dos Livros: *Processo Tributário: Administrativo e Judicial*; *Direito Tributário*; e *Tributação sobre o Consumo: CBS, IBS e Imposto Seletivo*, ambos pela Editora Forense. É Procurador de Estado/DF por duas décadas. Foi Procurador-Chefe da área Fazendária e Fiscal no Distrito Federal e Procurador da Fazenda Nacional. É Procurador do DF com atuação na área consultiva tributária, financeira e orçamentária. Advogado.

João Renato Barbosa David

Mestrando em Direito Financeiro e Econômico Global na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado estagiário.

Juliana Gonçalves Melo

Mestranda em Direito e Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, Visiting Scholar na Boston College Law School, Pós-Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Procuradora Federal.

SOBRE OS AUTORES

António Tobias Simba Rafael

Doutorando em Direito, na especialidade de Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Fiscal pela Faculdade de Direito da Universidade da Universidade Agostinho Neto em Cooperação com Universidade Nova de Lisboa, MBA em Gestão Estratégica de Negócios pela Universidade Adventista de São Paulo (UNASP EC), Licenciado em Direito pelo UNASP EC, Autor de diversos livros e artigos científicos, Consultor Jurídico do Secretário-Geral do Presidente da República de Angola, Professor Universitário, Advogado.

Beatrice Duran Cardenas de La Quintana

Advogada, Mestranda em Direito Fiscal pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Claudio Xavier Seefelder Filho

Doutorando em Direito e Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, visiting Professor no *Boston College Law School* e na Universidade Autônoma de Barcelona na Espanha, Mestre em Direito Tributário e Desenvolvimento Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Professor de Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Financeiro e Direito Processual Civil, Autor de diversos livros e artigos, Procurador da Fazenda Nacional com atuação perante o Supremo Tribunal Federal.

Eduardo Muniz Machado Cavalcanti

Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em Direito e Economia pela Universidade de Lisboa, Portugal. Visiting Scholar na Boston College Law School. Autor dos Livros: Processo Tributário: Administrativo e Judicial; Direito Tributário; e Tributação sobre o Consumo:

CBS, IBS e Imposto Seletivo, ambos pela Editora Forense. É Procurador de Estado/DF por duas décadas. Foi Procurador-Chefe da área Fazendária e Fiscal no Distrito Federal e Procurador da Fazenda Nacional. É Procurador do DF com atuação na área consultiva tributária, financeira e orçamentária. Advogado.

Henrique Yalima Muenecongo Júlio

Mestrando em Direito e Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, Pós-graduado em Pedagogia e Didática pela Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Santa Clara, Cuba; professor de Finanças Públicas e Direito Financiero, Economia Política e Metodologia de Investigação Científica da Faculdade de Direito da Universidade José Eduardo dos Santos (Huambo-Angola).

João Renato Barbosa David

Mestrando em Direito Financeiro e Econômico Global na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado estagiário.

Juliana Gonçalves Melo

Mestranda em Direito e Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, Visiting Scholar na Boston College Law School, Pós-Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Procuradora Federal.

Maria Julia de Souza Rocha de Macedo

Advogada. Mestranda em Direito Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Licitações e Contratos Administrativos pelo Instituto Goiano de Direito (IGD). Compliance Officer certificada pelo Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial. Autora de obras jurídicas, como “Lei de Licitações e Contratos Comentada”, publicada em 2022 pela Quartier Latin. Participou da elaboração do Relatório “Doing Business in Brazil”, organizado pelo The World Bank.

Nelson Camolese

Doutorando em Ciências Jurídico-Econômicas, especialidade em Direito Fiscal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Masters in Economics pela Università degli Studi di Roma 2 (Tor Ver-

gata), Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Advogado e Consultor Tributário em São Paulo e em Lisboa.

Philippe Magalhães Bezerra

Doutorando em Direito e Economia (Universidade de Lisboa) com estágio de pesquisa na Universidade de Paris V, Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE), Especialista em Direito Público (UNB). Procurador Federal. Professor e conferencista na área da contratação pública.

Rui Jorge Simões Almeida

Mestrando em Direito e Ciência Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Análise Económica do Direito pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Direito Imobiliário pela Universidade Católica Portuguesa. Licenciado em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Licenciado em Gestão Imobiliária pela Escola Superior das Actividades Imobiliárias. Assessor Jurídico Corporate em Gestão de Ativos e Operações de Investimento Imobiliário.

Rute Saraiva

Professora Associada do Grupo de Jurídico-Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Tiago César Pelissari

Assessor Jurídico no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Mestrando em Direito e Ciências Jurídicas Pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes/RJ.

Victor Gustavo Rocha Nylander

Doutorando em Direito & Economia pela Universidade de Lisboa. Mestre em Economia & Mercados pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Economia pela OMMA Business School of Madri. Mestre em Direito & Ciências Jurídicas Económicas - Especialidade em Direito Fiscal. MBA em Gestão de Negócios pelo Centro Universitário União das Américas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Professor Universitário. Advogado.

SUMÁRIO

Nota da Coordenação	7
Prefácio	9
APRESENTAÇÃO	12
SOBRE OS COORDENADORES.....	16
SOBRE OS AUTORES	17
INTRODUÇÃO	29
1. Considerações iniciais.....	29
2. A “mãe”: a economia comportamental	33
3. O “pai”: a <i>Law & Economics</i>	44
Considerações finais.....	60
Bibliografia.....	62
CAPÍTULO 1	79
Análise econômica do Direito da contratação pública em Angola.....	79
Introdução	79
1. Definição e história da análise econômica do direito.....	80
2. Principais teorias e abordagens	82
2.1. A Teoria da Escolha Racional (Public Choice).....	82
2.2. Teoria da Eficiência de Pareto	83
2.3. Análise de Custo-Benefício	83
2.4. Teoria dos Custos de Transação	83
3. Relevância da análise econômica no direito da contratação pública. . .	84
4. O Sistema de Contratação Pública em Angola	85
4.1. Contratação Pública em Angola – da Economia Centralizada à de Mercado	85
4.2. Princípios da análise econômica aplicados à Contratação Pública. . .	87
4.2.1. Escolha racional (Public Choice)	88
4.2.2. Equilíbrio.....	88
4.2.3. Eficiência	89
5. Razões que levam o Estado a adoptar a forma contratual	90
6. Por quê o Estado compra mais caro que os particulares?.....	93

7. Análise do Mercado de Contratação Pública em Angola	95
7.1. Estrutura do mercado e principais características	96
7.2. Participação do setor privado e das pequenas e médias empresas	96
7.3. Barreiras à entrada e à concorrência	98
7.4. Impacto Económico das Políticas de Contratação Pública	99
7.5. Avaliação dos efeitos económicos das políticas de contratação pública	99
7.6. Estímulo ao desenvolvimento económico e social	99
8. Que perspectivas se aventam para a Contratação Pública em Angola? .	100
Bibliografia	101

CAPÍTULO 2	103
A cláusula de <i>Hardship</i> na perspectiva da análise económica do Direito .	103
Introdução	103
1. Noções Fundamentais da Cláusula de <i>Hardship</i>	104
1.1. Contexto Internacional	107
1.1.1. O Caso Inglês.	110
1.1.2. Parâmetros Internacionais.	112
1.1.3. Aplicação no Brasil e Portugal	116
1.2. Redação, efeitos e procedimento da Cláusula de <i>Hardship</i>	119
2. Efeitos da <i>Hardship</i> na Análise Económica do Direito	123
2.1. O Contrato	123
2.1.1. Contratos evolutivos e de longa duração.	123
2.1.2. Teoria do contrato incompleto e custos de transação.	125
2.2. Renegociação.	130
2.2.1. Manutenção do contrato	130
2.2.2. <i>Holdup</i> e oportunismos no contrato incompleto.	133
2.3. Preferência pela renegociação e limites.	139
Conclusão	141
Referências Bibliográficas	142

CAPÍTULO 3	147
<i>Holdup</i> contratual.	147
Introdução	147
1. <i>Holdup</i> contratual.	148
2. Premissas conceituais necessárias	149
3. Conceito, formas elementares e exemplos.	155
4. Investimentos de confiança, contratos de longo prazo e a relação de agência	

.....	162
5. Remédios antioportunisticos	168
Conclusões	176
Referências bibliográficas	176
CAPÍTULO 4	181
<i>Public Choice Theory</i> de Adam Smith às gerações modernas: uma genealogia intelectual da teoria da escolha pública	181
Introdução	181
1. Teoria da escolha pública	183
2. Adam Smith na <i>public choice theory</i>	191
3. As contribuições das escolas europeias	196
4. A geração moderna e seus estudos	202
Conclusão	213
Referências bibliográficas	216
CAPÍTULO 5	221
<i>Smart Legal Contract</i> como Instrumento de tutela da confiança: um estudo conceitual sob a perspectiva da teoria econômica dos contratos	221
1. A <i>via crucis</i> do modelo contratual tradicional: entre papéis e desconfiança, uma jornada burocrática e autocrática do Estado centralizador	221
2. Fundamentos teóricos: Teoria Econômica dos Contratos	223
3. Tutela da confiança: atributo sob a perspectiva da Teoria Econômica dos Contratos	231
4. A tutela da confiança no contexto dos contratos inteligentes (<i>smart legal contracts</i>). Aspectos jurídicos dos <i>smart legal contracts</i> . Desafios de implementação e o <i>tipping point</i> . Mecanismos de confiança e segurança. Governança descentralizada	234
Conclusão	245
Referências Bibliográficas	247
CAPÍTULO 6	251
Adam Smith e a teoria moderna da tributação	251
1. Introdução	251
1.1. Contexto histórico e econômico no qual Adam Smith escreveu suas obras, com ênfase em A Riqueza das Nações	251
2. Fundamentos da Teoria da Tributação de Adam Smith - as quatro máximas	

tributárias: a) equidade; b) certeza; c) conveniência; e d) eficiência	254
3. Teoria moderna da Tributação: uma abordagem dos princípios e objetivos da teoria moderna da tributação, incluindo conceitos como neutralidade, progressividade e simplicidade	256
4. Estudo de Caso - a Reforma Tributária sobre o consumo no Brasil: EC 132/2023 e como as máximas de Adam Smith foram consideradas.	267
Conclusão	279
Referências Bibliográficas	281
Decisões	282
Relatórios	282
 CAPÍTULO 7	 285
Análise econômica do contrato de licença de patente de medicamento de Direito de Propriedade Industrial	285
Introdução	285
1. A PROTEÇÃO DA INFORMAÇÃO RESULTANTE DO INVESTIMENTO EM INVESTIGAÇÃO E DESENVOLVIMENTO	287
2. PATENTE DE INVENÇÃO.	289
3. CONTRATO DE LICENÇA DE PATENTE DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL	296
3.1. O CONTRATO DE LICENÇA DE PATENTE COMO FACILITADOR DA CIRCULAÇÃO DE DIREITOS.	301
3.2. A GERAÇÃO DO BEM-ESTAR ATRAVÉS DA NEGOCIAÇÃO	303
4. DA COMPLETUDE OU INCOMPLETUDE DESDE CONTRATO	306
5. A LICENÇA COMPULSÓRIA COMO VIA DE ESTIMULAÇÃO PARA A CONCESSÃO DE LICENÇAS VOLUNTÁRIAS DE PATENTE DE MEDICAMENTO	307
CONCLUSÃO	312
BIBLIOGRAFIA	314
LEGISLAÇÃO CONSULTADA.	317
 CAPÍTULO 8	 319
Análise dos custos de transação da adoção dos <i>smart legal contracts</i> na atualidade e perspectivas de uso futuro	319
Introdução	319

1. O problema prático	320
2. Smart Contracts	321
2.1. Definição e características	321
2.1.1. A diferença entre os Smart Contracts e os Smart Legal Contracts	322
2.1.2. A vinculação das partes	323
2.1.3. Contratos autoexecutáveis	323
2.2. Benefícios da aplicação	324
2.2.1. Automatização no cumprimento dos contratos	324
2.2.2. Diminuição de outros custos de transação	325
2.3. Riscos da aplicação das formas	326
2.3.1. Imutabilidade	326
2.3.2. Consentimento desinformado	327
2.3.3. Falhas de operação	328
2.3.4. Ataques cibernéticos e falsos oráculos	329
2.3.5. Balanço dos <i>smart legal contracts</i> em seu estado atual	330
3. Os <i>Smart Legal Contracts</i> flexíveis	331
3.1. Definição e características	331
3.1.1. A volatilidade da vontade	331
3.1.2. A capacidade dos atores não humanos	332
3.2. Oportunidades de aplicação	333
3.2.1. Adaptabilidade como redução de custos de transação	333
3.2.2. Diminuição de outros custos de transação	334
3.3. Riscos da aplicação das formas	334
3.3.1. Custos de renegociação	334
3.3.2. Encadeamento de smart contracts	335
Conclusão	336
Referências Bibliográficas:	337
 CAPÍTULO 9	 339
Análise econômica dos contratos públicos de concessão sob a perspectiva dos contratos incompletos e dos custos de transação	339
Introdução	339
1. Teoria dos Contratos Incompletos	341
2. Modelo Grossman-Hart e Teoria dos Custos de Transação	344
3. Política Pública de Desestatização: Contratualização e Eficiência	348
4. Contratos Públicos de Concessão: Incompletude, Riscos e Adaptabilidade	354

Conclusões	360
Referências bibliográficas	362
CAPÍTULO 10	365
Liberdade e prosperidade em Adam Smith e reflexões sobre a Lei de Liberdade Econômica.	365
Introdução	365
1. Interconexões entre liberdade e prosperidade	368
1.1. Comércio, interesse individual e divisão do trabalho	368
1.2. Ordem Econômica Britânica e Revolução Americana	372
1.3. Capitalismo incipiente e seus vícios.	375
2. Liberalismo e Liberdade Econômica.	378
2.1. A Liberdade Econômica da Lei nº 13.874, de 2019.	378
2.2. Análise de Impacto Regulatório prevista na Lei de Liberdade Econômica: relação custo-benefício da intervenção do Estado na Economia	381
2.3. O Paradigma Liberal e o Direito do Consumidor	383
Conclusões	387
Referências bibliográficas	389
CAPÍTULO 11	391
A análise econômica do Direito e as cláusulas contratuais de limitação de responsabilidade.	391
Introdução	391
1. Breves considerações acerca da natureza jurídica do contrato e sua relação com a análise econômica do direito	396
2. A cláusula contratual de limitação de responsabilidade.	403
2.1. Noções gerais e tratamento pela análise econômica do direito	404
2.2. O incumprimento eficiente.	407
2.3. Oportunismo e <i>Liquidated Damages</i>	408
2.4. A questão da simetria informativa	409
3. Conclusão: <i>Liquidated Damages</i> : limites e considerações.	411
Referências bibliográficas	414
CAPÍTULO 12	417
Uma introdução à investigação empírica da hipótese de equidade e justiça no jogo do ultimato.	417
Introdução	417

1. O jogo do ultimato e a hipótese de equidade e justiça.	420
2. O jogo do ultimato e os jogos do ultimato	421
3. Estratégias empíricas de discernimento entre egoísmo e preferências por equidade e justiça.	429
3.1. O jogo do ultimato e o do ditador.	430
3.2. Intencionalidade	432
3.3. “A torta que encolhe”	435
3.4. Incompletude das informações	437
Conclusões.	443
Referências Bibliográficas	445
CAPÍTULO 13	449
Teoria da escolha pública, discricionariedade e contratações diretas no Brasil	449
Introdução	449
1. Teoria da escolha pública – public choice	452
2. Breves notas sobre a contratação direta (ajuste direto) no ordenamento brasileiro	455
3. Discricionariedade e escolhas públicas	457
4. Contratação direta no Brasil e o abuso da discricionariedade em números	467
Conclusão	472
Referências	474
CAPÍTULO 14	479
O contrato incompleto na perspectiva da análise econômica do Direito	479
Resumo	479
Introdução	480
1. A teoria econômica do contrato	485
2. A teoria econômica do contrato incompleto	487
3. As razões de incompletude contratual.	490
3.1. A incompletude súbita.	491
3.2. A incompletude deliberada	492
4. Os custos de transação na formação dos contratos	492
5. A visão social do contrato	496
6. Os contratos e a teoria dos jogos.	496
7. A utilização da caixa de Edgeworth na análise dos contratos	497

8. O modelo de Grossman e Hart.	499
Conclusão	500
Bibliografia.	502
CAPÍTULO 15	505
Restrições e limitações contratuais e ao direito de propriedade aplicadas ao agronegócio impostas pela legislação ambiental	505
Introdução	505
1. Restrições contratuais e limitações ao direito de propriedade aplicáveis ao agronegócio	506
1.1. Função “socioambiental” da propriedade.	508
1.2. Reserva legal como limitação do agronegócio	511
2. Principais contratos celebrados pelo agronegócio	516
2.1. Contratos de Soja Verde	522
2.2. Contratos de crédito de carbono	525
Conclusões.	532
Referências Bibliográficas	534
CAPÍTULO 16	535
A relação do tempo e a atuação empresarial à luz da Escola Austríaca de Economia.	535
Introdução	535
1. O pensamento econômico austríaco em relação à atuação empresarial	536
2. Tempo para os austríacos	545
3. Tempo na atuação empresarial a partir da ótica austríaca	560
Conclusões.	571
Referências Bibliográficas	573
CAPÍTULO 17	577
Análise econômica do Direito Tributário: tributação sobre veículos exclusivamente elétricos em Portugal	577
Introdução	577
1. Análise Econômica do Direito Tributário	578
2. Tributação sobre veículos exclusivamente elétricos e resultados e evolução da aquisição em Portugal	589
2.1. Tributação sobre veículos exclusivamente elétricos em Portugal	590
2.2. Evolução da aquisição de veículos exclusivamente elétricos em Portugal	596

3. Efeito(s) econômico(s) do tratamento tributário sobre os veículos exclusivamente elétricos	601
3.1. Tributação indireta: ISV, IUC e IVA	601
3.2. Tributação autônoma do IRC e IRS.	603
3.3. Princípio da equivalência para o enquadramento da política fiscal na proteção ambiental, qualidade de vida e desenvolvimento sustentável. . .	607
3.4. Conclusão a respeito dos efeitos da tributação sobre os veículos exclusivamente elétricos	614
Conclusões.	615
Referências Bibliográficas	618
SÍTIOS ELETRÔNICOS	623

Amostra

INTRODUÇÃO

A (putativa) dupla gênese da Behavioural Law & Economics

Rute Saraiva

Professora Associada do Grupo de Jurídico-Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Considerações iniciais

As páginas que se seguem¹ procuram problematizar e sistematizar a relação entre a Análise Económica do Direito (AED), a Economia Comportamental (EC) e a Análise Económica e Comportamental do Direito (AECD) ou Direito e Economia Comportamental (DEC), internacional e academicamente conhecida por *Behavioural Law and Economics*², tentando aferir se esta nasce da combinação daquelas.

A denominação *Behavioural Law and Economics* decorre, aparentemente, de um artigo seminal e marcante de Jolls, Sunstein & Thaler de 1998³ e replicada com sucesso por Korobkin & Ulen⁴ dois anos

1 Estas páginas resultam de uma sistematização e resumo de partes de monografia a publicar em breve sobre *Behavioural Law and Economics*.

2 A. Tor (2008) 241, nota 13.

3 C. Jolls, C. R. Sunstein & R. H. Thaler (1998). Note-se que um ano antes, em 1997, dois artigos, um de Sunstein e outro de Babcock, Loewenstein e Issacharoff, e um seminário em que Rabin lança o repto para a idealização de uma política pública que agrade a todo o espectro político (e que dará o mote ao paternalismo libertário de Thaler e Sunstein e à “regulação para conservadores” de Camerer *et al.*) promovem uma nova abordagem analítica comportamental do Direito. Cf. C. R. Sunstein (1997); L. Babcock, *et al.* (1997); G. Loewenstein & N. Chater (2017) 26-27; C. R. Sunstein & R. Thaler (2003); C. Camerer, *et al.* (2003). Também em 1998 tem lugar o *Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law*, cujos contributos são publicados no n. 6 da Vanderbilt Law Review, contando com nomes de relevo como C. Jolls (1998); R. Korobkin (1998b); T. Ulen (1998); D. Langevoort (1998); S. Issacharoff (1998); J. Rachlinski & F. Jourden (1998); E. Rubin (1998); J. Arlen (1998) ou R. Rasmussen (1998). Sendo, neste simpósio, o tópico principal “*Behavioral Law and Economics*”, como reportado por C. Jolls (1998) 1653, tal poderá a ajudar a explicar a disseminação da nomenclatura.

4 R. Korobkin & T. S. Ulen (2000) preferem falar em “*Law and Behavioral Science*”.

mais tarde, pese embora nenhum dos títulos utilize literalmente aquela expressão. Em bom rigor, na literatura anglo-saxónica⁵, esta corrente surge, por vezes, com outras designações, tais como *Behavioral Legal Theory*, *Behavioral Decision Theory*, *Legal Decision Theory*, *Behavioural Analysis of Law*, *Behavioural Economic Analysis of Law*, *Behavioural Law*, *Heuristics and Biases Scholarship*, *New Law and Psychology*, *Law and Behavioral Science(s)* ou *Law & Emotions*, com a escolha do nome a indiciar alguma indecisão em como qualificar o DEC, designadamente na sua maior e menor aproximação à AED e à EC⁶, mas também em se diferenciar da linha de investigação norte-americana conhecida como *Law & Psychology* que se situa no âmbito da Psicologia Judiciária⁷ e Jurídica⁸ ou Forense⁹, com enfoque respectivamente na Psicologia do testemunho, do juiz, do júri e seus jurados e do delinquente¹⁰.

5 No mundo francófono, por exemplo, prefere-se “*approche psychologique du droit*” - C. Régis (2016) - ou, mais latamente, “*approche comportementale du droit*” - A.-L. Sibony, *et al.* (2016a) 322, ou, na esteira de Carbonnier, “*psychologie juridique*” - J.-P. Relmy (2016); D. Libeskin (2016).

6 Respectivamente, C. Jolls (2007) 3 e E. Angner & G. Loewenstein (2006). Sobre este aspecto, P. Cserne (2017) §2, 6-11.

7 Sobre a Psicologia Judiciária e da Justiça, por todos, em Portugal, R. Saraiva (2013b); R. A. Gonçalves (1996); A. C. Fonseca (ed.) (2009); R. A. Gonçalves & C. Machado (2011).

8 Em França, porém, como recordam A.-L. Sibony, *et al.* (2016a) 320, na tradição de Carbonnier, a Psicologia Jurídica é definida de forma mais ampla, abrangendo o estudo do comportamento humano moldado pela lei, aproximando-se pois do DEC ou *Behavioural Law*. Aliás, verifica-se alguma flutuação denominativa na área tradicional da Psicologia e Direito, com um recorte nem sempre claro entre Psicologia Forense, Jurídica, Legal, Judiciária ou da Justiça.

9 Por todos, em português, R. A. Gonçalves & C. Machado (coords.) (2005); A. C. Fonseca, *et al.* (eds.) (2006); R. A. Gonçalves (2010); M. Matos, *et al.* (coord.) (2011); C. Manita & C. Machado (2012); M. Paulino & F. Almeida (2014); M. R. Simões, *et al.* (2017).

10 A.-L. Sibony & A. Alemanno (2015) 8-10, que, aliás, chegam a sugerir *Law & Emotions* pela ausência de peso histórico associado a esta denominação e pelo seu potencial de servir de tecto comum aos dois lados do Atlântico, pese embora notem que a componente afectiva é apenas uma parte do comportamental. A este propósito, pese embora alguns autores [E. A. Posner (2000) 2; J. A. Blumenthal (2007) 1-3; K. Abrams & H. Keren (2010) 2014, 2020] pareçam distinguir o DEC da *Law & Emotions*, designadamente por manter premissas racionalistas e se centrarem na cognição, na verdade os seus programas cada vez mais se confundem e sobrepõem, seja pelo recurso às Ciências Comportamentais, seja pela preocupação com erros e enviesamentos, i.e., a relação com a racionalidade/cognição, seja porque vem crescendo a aceitação e estudo da heurística do afecto na EC. Assim, para efeitos desta obra, subsumir-se-á a *Law & Emotions* ao chapéu mais lato do DEC. Deixando a questão em aberto, T. A. Maroney (2006) 120, nota 1.

Note-se, porém, que apesar de se procurar uma separação em relação à “antiga” *Law and Psychology*, tal não impede que o DEC se venha a debruçar sobre questões da Psicologia Jurídica

Em português, aliás, também são várias as denominações, com Economia Comportamental e Direito ou Direito e Economia comportamental ou Análise (económico-)comportamental do Direito, sugerindo de forma mais afincada a sua ênfase, já que, ao contrário do inglês, o adjectivo tem forma plural (comportamentais). Saliente-se que não é frequente encontrar uma referência a “Direito e Economia comportamentais”, pelo que o singular usado se reporta não a cada uma das Ciências Sociais e Comportamentais, mas à sub-disciplina de Direito e Economia ou, alternativamente, apenas à Economia, deixando de fora um “Direito comportamental”.

Adiante-se, ainda, que o próprio termo comportamental levanta dúvidas quanto ao seu recorte. Por um lado, suscita a possível confusão com a Escola Behaviourista¹¹ (e com o Positivismo Lógico, o Operacionalismo ou o Verificacionismo¹²), da qual, à partida, se quer afastar ao abraçar-se, na EC e na AECD, sobretudo à perspectiva cognitiva¹³, mesmo se, em especial no âmbito dos *nudges*, se recorra a ensinamentos ligados aos estímulos (in)condicionados e ao condicionamento operante¹⁴. Destarte, em certa medida, e como resulta da acumulação de trabalhos desenvolvidos no seio da EC, o elemento

ou Judiciária, considerando os avanços cada vez maiores nas Ciências Comportamentais e na sua aplicação ao Direito, em particular na esteira dos Programas de Tversky e Kahneman. Nesta linha, por exemplo, N. K. Steblay & E. F. Loftus (2013); P. Ellsworth & S. Gross (2013); J. M. Darley & A. L. Alter (2013). Já quanto à Psicologia Forense, o seu alargamento tem vindo sobretudo pela via das Neurociências e, em especial, do Neurodireito, sendo de sublinhar o papel fundamental de O. D. Jones e da MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience. Cf. www.lawneuro.gov com apanhado de muita da bibliografia publicada mundialmente nesta área.

11 J. J. Rachlinski (2000c) 740; J. D. Hanson & D. A. Kysar (2000) 264; G. Mitchell (2002a) 78-79. Aliás, Mitchell prefere a denominação *Behavioral Legal Theory* por: i) a referência a Economia pressupor um modelo Neoclássico que se afasta; ii) atender à base fundacional do movimento que parte da Teoria da Decisão e Julgamento; iii) ter uma componente mais teórica do que empírica; e iv) ter como objectivo uma construção da decisão jurídica mais realista e utilizável.

12 E. Angner & G. Loewenstein (2012) 3.

13 E. Angner & G. Loewenstein (2012) 1-2.

14 Na multiplicidade de movimentos dentro da EC, pese embora a maioria se construa com ênfase cognitiva, na verdade surge uma linha comportamental behaviourista na esteira de Watson e Skinner, denominada de *Behavioural Analysis* ou de *Operant Behavioural Economics*, associada em especial ao desenvolvimento de conceitos como consumo, procura e desconto hiperbólico e ao desenvolvimento de uma teoria (geral) do comportamento. Cf. S. R. Hursh (1980) e (1984); S. R. Hursh & P. G. Roma (2016); G. R. Foxall (2016); S. B. Klein (2019) 192 ss.

comportamental poderá ser reconduzido (embora tal possa parecer paradoxal face aos antecedentes da Escola Behaviourista) à cognição. Isto é, a EC também poderia ser chamada de Economia Cognitiva¹⁵ ou Teoria da Tomada de Decisão Económica Cognitiva¹⁶, ainda que com laivos do Co-Construcionismo Social, o que significa atender ao processamento formal e material da informação, numa abordagem que funde os movimentos estruturalistas e funcionalistas que atravessam a história da Psicologia. Por outro, a ambiguidade em torno do elemento comportamental decorre também das Ciências Comportamentais envolvidas (que se vêm diversificando por ondas¹⁷) e com elas (e dentro delas – por exemplo, Julgamento e Decisão ou Teoria Prospectiva na Psicologia) a delimitação conceptual de comportamento¹⁸. Embora sobrepostas em algumas áreas por apresentarem modelos de comportamento humano individual (ainda que podendo considerar a influência do social e a lógica grupal), as Ciências Comportamentais distinguem-se entre si por pressupostos, objectos, fins, instrumentos analíticos e métodos diferentes, por vezes, incompatíveis entre si, que dificultam uma verdadeira unificação científica¹⁹. Mesmo assim, alguma investigação integra e sintetiza teorias, conceitos e metodologias de diferentes ciências de modo a apreender melhor a complexidade dos comportamentos. Aliás, a EC e o DEC resultam desta linha de pesquisa mais transversal, mais frequente e incentivada nas últimas décadas, ganhando raízes interdisciplinares e derrubando os muros defensivos da tendência para o imperialismo e hiperespecialização científicos²⁰. Por último, sublinhe-se que a dificuldade no recorte da dimensão comportamental decorre do facto de o próprio estudo quer do Direito, quer da Economia, quer da *Law*

15 B. Walliser (2008) embora distinguindo a Economia Cognitiva da EC, focando a primeira mais as crenças e a segunda as preferências. Também, E. Angner & G. Loewenstein (2012) 2-3. Já A. Ambrosino (2015) 2-3, distingue de forma mais estanque a EC da Economia Cognitiva, em especial por esta se concentrar nos processos (idiossincráticos), na sua complexidade e assumir a heterogeneidade dos indivíduos, e, portanto, ter em consideração o contexto, os pontos focais, as dinâmicas da *path dependence* e, conseqüentemente, as normas e instituições, enquanto que aquela se centra na sua manifestação exterior, os comportamentos.

16 E. Angner & G. Loewenstein (2006) 2; R. Kapeliushnikov (2015) 83.

17 R. Schimmelpfennig & M. Muthukrishna (2023).

18 Alguns autores preferem assim a expressão Economia Psicológica: G. Katona (1975); P. E. Earl (1990).

19 H. Gintis (2007a) 1.

20 N. J. Smelser & R. Swedberg (2005) 20; A. Truc (2021) 3.

é *Economics* pressupor atender a comportamentos²¹. Afinal, o Direito visa a regulação de condutas que pressupõe existirem ou virem a verificar-se e a Economia estuda comportamentos em ambiente de escassez.

Assim se percebe, logo pela designação da disciplina, que tem vindo a crescer exponencialmente nos últimos anos, que existe alguma ambiguidade quanto à sua origem e relação disciplinar. A principal teoria vigente nesta matéria defende a dupla gênese da *Behavioural Law and Economics*, a saber a AED e a EC, consistindo, no fundo, na sua origem anglo-saxónica, na importação para a AED da EC.²² Ora, esta abordagem analítica, que vem aos poucos ganhando adeptos por todo o mundo, incluindo nas mais tradicionais torres de marfim do Direito, tem gerado algumas reacções mistas²³.

2. A “mãe”: a economia comportamental

De forma sucinta, quanto ao primeiro lado do binómio, a EC vem sendo apresentada como uma sub-disciplina da Economia e como um fenómeno muito recente que teria desabrochado verdadeiramente nos últimos 20 a 30 anos, ainda que baseando-se e inspirando-se em trabalhos de psicólogos cognitivos como Kahneman e Tversky nas décadas de 60 e 70, em especial com a publicação de “Julgamento em ambiente de incerteza: Heurísticas e Vieses”²⁴, em 1974, e de “*Teoria Prospectiva: Uma Análise de Decisão Sob Risco*”²⁵, em 1979 (dando azo ao conceito de aversão a perdas).²⁶

Todavia, facilmente se percebe que as novas construções e propostas não têm, por via de regra, geração espontânea, em especial em Ciência, resultando de processos mais ou menos lentos e dialéc-

21 C. Jolls (1998) 1653.

22 Neste sentido, M. White (2010) 1; P. Cserne (2017) §11.

23 Por todos, C. R. Sunstein (ed.) (2000); F. Parisi & V. L. Smith (2005); E. Zamir & D. Teichman (2014). Críticos, por todos, R. A. Posner (1998b) e (2014); G. Mitchell (2002a), (2002b) e (2005); G. Whitman (2006); M. D. White (2010) e (2013).

24 D. Kahneman & A. Tversky (1974).

25 D. Kahneman & A. Tversky (1979).

26 Identificando, empiricamente, o trabalho de Kahneman e Tversky como marco de alteração da dinâmica na investigação em EC, apesar do reconhecimento da investigação e publicação de autores anteriores como H. Simon, por todos, E.-M. Sent (2004); F. Heukelom (2012a) 797, 814; N. Geiger (2014) 18.

ticos de evolução com redescobertas e repristinações sob nova roupagem de ideias, pistas, teses e teorias passadas. Aliás, a denominação *Behavioural Economics* remonta, ao que parece, a 1958, a Johnson e Boulding²⁷, tipicamente para assinalar o potencial explanador e premonitório que a base da Psicologia poderia trazer à teoria económica contemporânea²⁸.

Assim se compreende que as fundações da EC são tão antigas quanto as da “tradicional” Economia hodierna de base smithsiana e que o seu caminho não se reconduz a uma mera rejeição dos postulados da abordagem neoclássica institucionalizada hoje em dia na maioria das academias. Tal significa, conseqüentemente, que as questões históricas, metodológicas e filosóficas são fundamentais para um melhor entendimento do que é a EC (e, portanto, a jusante o DEC), dos seus objectivos e implicações, mormente quando se apresenta como uma reacção à Teoria Neoclássica ou quando é exportada para o quotidiano para lá das fronteiras dos laboratórios e universidades e para outras ciências e áreas, como o Direito ou as Políticas Públicas. Mais, a sua consideração pode auxiliar a discernir uma coluna vertebral e uma teoria mais ou menos unitária ou integradora que ajude a sistematizar a efervescência de dados, conhecimentos e teses que se amontoam nos últimos anos face à moda “comportamental”²⁹, permitindo conferir-lhe (ou não) dignidade autónoma. Olhar, portanto, nem que seja na diagonal³⁰,

27 A saber, H. Johnson (1958); K. E. Boulding ([1958] 1961). Cf. E. Angner & G. Loewenstein (2006) 1. Porém, F. Heukelom (2011a) 19 e E.-M. Sent (2004) 740, assinalam que Katona, na década de 40, também usa a denominação *Behavioural Economics* além de *Psychological Economics*, assim como Edwards e Simon nos anos 50 do Século XX.

28 C. Camerer & G. Loewenstein (2004) 3; R. Weber & R. Dawes (2005) 91; E. Angner & G. Loewenstein (2006) 1.

29 A. Svorenčík & A. Truc (2022) 4.

30 Não se pretende aqui fazer um tratamento exaustivo da história da EC ou dos seus autores, nem da história do pensamento económico em torno da relação entre Economia e Psicologia, pelo que não se aprofundará o tema nem se percorrerão todos os possíveis percursos e contribuidores ou movimentos, mais ou menos recentes, deixando, por exemplo, de fora nomes de peso como Hayek, Selten, Veblen, Ostrom, Edwards, Reynaud, Van Raaij, van Veldhoven, Wärneryd, Camerer, Slovic, Laibson, Fehr, Rabin, Mullainathan ou Loewenstein, optando-se por resumidamente atender aos mais frequentemente citados. Para mais desenvolvimentos, ver por todos, F. Heukelom (2011a), (2012a), (2014a), (2014b) e (2017); R. Frantz & R. Leeson (eds.) (2013); M. Nagatsu (2015); A. Truc (2018); R. Frantz, *et al.* (eds.) (2017) Parte I, em especial P. Earl (2017); M. Baddeley (2017) e (2019); C. R. Sunstein (2020c); S. Drakopoulos & I. Katselidis (2023); M. J. Rizzo & D. G. Whitman (2023); M. Dold & M. Rizzo (2024).

para a evolução histórica da Ciência Económica e de alguns dos seus conceitos e teorias centrais permite, por um lado, perceber de onde vem a EC (e mais latamente a relação entre Economia e Psicologia) e, por outro, para onde pretende ir com as suas objecções à construção entendida como *mainstream*, centrada no mercado e nos postulados da racionalidade e do equilíbrio. Em suma, a EC até pode ter uma curta história e fronteiras um pouco indefinidas³¹, mas tem um longo e turbulento passado com raízes no Empiricismo britânico³² e até em Platão³³, incluindo na Alegoria da Caverna³⁴, ou nas Máximas do Século XVII de La Rochefoucauld³⁵, ou na *Teoria dos Sentimentos Morais*, de 1759, de Adam Smith³⁶, sendo, todavia, necessário alguma cautela para não rotular como economista comportamental, em especial retrospectivamente, todo e qualquer economista e/ou cientista comportamental.

Entre os vários nomes de economistas, psicólogos ou filósofos, entre outros, que poderiam ser chamados à colação, antes de Kahneman e Tversky, para demonstrar o processo construtivo da EC, salienta-se o de Simon³⁷ que vem, sendo reprecinado nos últimos anos como fundador da EC. Com a sua “racionalidade limitada” (*bounded rationality*)³⁸, pode efectivamente ser apresentado como um dos precursores da Teoria Prospectiva e da EC, e consequentemente da AECD, mesmo se tenha sido incompreendido no seu tempo, possivelmente devido ao seu afastamento de uma Economia mais formal³⁹ com a sua promoção de teorias de base empírica, tanto para indivíduos, organizações e até máquinas⁴⁰. Com efeito, as suas dúvidas sobre o modelo (simplista) de racionalidade económica baseada numa capacidade de, em ambiente de escassez, processar de forma rápida e correcta a informação dispo-

31 T. Rehman (2016).

32 H. Gardner (1987) 9; S. Drakopoulos & I. Katselidis (2023).

33 N. Romeo (2017).

34 A. Karampatzos (2020) 12-13.

35 E. Petit (2015).

36 A. Smith (2006-1770-1759).

37 H. Simon (1957), (1985), (1987a), (1987b), (1996), (1997a), (1997b) e (1997c). Por todos, sobre os contributos de H. Simon para a EC, E.-M. Sent (2017); S. Drakopoulos & I. Katselidis (2023).

38 H. Simon (1957) 196-198.

39 A. Svorenčík & A. Truc (2022) 6-7.

40 G. Gigerenzer, *et al.* (2024) 1. Nesta linha, J. Reb, *et al.* (2024).

nível para escolher a opção ótima (i.e., aquela que melhor se adequa às preferências do indivíduo, trazendo-lhe a maior utilidade líquida, assumindo idênticas restrições externas) são um ponto de viragem na aceitação do modelo e de maior indagação sobre os processos de Julgamento e Decisão, que constituem o cerne do DEC actual⁴¹. Antecipando algumas das propostas posteriores de Gigerenzer, que o qualifica de “revolucionário”⁴², estranha que os agentes económicos ponderem (ou devam ponderar), em termos de custos e benefícios, bagatelas, quando o custo de uma má opção (sub-ótima) é extremamente baixo sobretudo quando comparado com a complexidade (e conseqüente custo) de decidir computando em termos marginais toda a informação. Deste modo, assume que os agentes económicos são racionais pese embora cometam erros por estarem por vezes limitados pelas suas capacidades, incluindo em termos fisiológicas, sociais e institucionais. Destarte, em sua opinião, focando-se na questão dos dados necessários para escolher e atendendo à capacidade cognitiva humanamente limitada do seu tratamento em tempo e correcto (incluindo, acrescente-se, por *overload* de informação⁴³), defende que os agentes tendem a escolher não de forma ótima, mas satisfatória ou “satisficiente”, i.e., que seja suficientemente boa perante as suas preferências e utilidade retirada, ou, por outras palavras, que seja o mais aproximadamente racional⁴⁴. A sua abordagem, baseada em três grandes princípios (modelar o verdadeiro processo de decisão em vez de modelo “*as if*” de maximização da utilidade; modelar a decisão sob incerteza e não apenas sob risco; adaptar o modelo processual ao ambiente), parece colidir, até pela sua dimensão ecológica, com os pressupostos neoclássicos.⁴⁵ Posto de outra forma, “*a racionalidade limitada não é irracionalidade*”⁴⁶ e não se confunde com optimização sob restrições adicionais; trata-se sim de fazer escolhas ótimas usando heurísticas não-optimizadas, que produzem melhores resultados do que se seguissem as normas neoclássicas, dada a capacidade cognitiva e o ambiente de informação e conhecimento em que se decide, isto é, dada a escassez de recursos e custos decisórios e

41 A. Tor (2008) 244.

42 G. Gigerenzer (2023) 94.

43 M. J. Eppler & J. Mengis (2004).

44 S. J. Bickley & B. Torgler (2021) 5.

45 G. Gigerenzer (2023) 94 ss.

46 H. A. Simon (1985) 297: “*bounded rationality is not irrationality*”.

adaptada ao contexto.⁴⁷⁴⁸ Em suma, Simon⁴⁹ desenvolve o conceito de uma racionalidade procedimental (e não tanto substantiva – preditiva - como até então compreendida e construída na Economia)⁵⁰, que se traduz, na sua construção, como a capacidade do sistema determinada pelo seu conhecimento interno e pela computação, acabando, deste modo, por limitar a sua dimensão substantiva, i.e., a capacidade de adaptação de um sistema inteligente ao seu ambiente exterior.

Ora, esta concepção de Simon, mesmo se hoje reprecinada por Kahneman nos seus últimos trabalhos, não deixa de se afastar da construção de Kahneman e de Tversky e daquela que muitos assumem ser a face *mainstream*, difundida e aceite da EC.

Indubitavelmente, o trabalho de Kahneman e Tversky⁵¹⁵², psicólogos de formação, influenciou a investigação económica e agitou as águas, constituindo o principal pilar de uma nova EC, marcadamente experimental, e que irá balizar a pesquisa de uma geração de economistas⁵³ e psicólogos a partir dos anos 80⁵⁴ e que inclui nomes hoje laureados com o “Nobel” da Economia como Smith, Shiller e Thaler, mas também Akerlof. O seu sucesso dever-se-á a um conjunto variado de razões⁵⁵: por um lado, por estabelecer críticas suaves à construção económica em voga, edificada, como se viu, “nos ombros de gigantes”, fazendo uma reinterpretação descritiva (com repercussões normativas),

47 M. Altman (2008) 13; J. Lobão (2015) 14; T. O’Reilly (2023) 277.

48 Note-se, porém, que os neoclássicos (de forma tautológica) também consideram que este tipo de racionalidade recai dentro do seu postulado, pois inclui não só a ponderação de custos como uma correcta avaliação do valor da informação que ainda não foi recolhida e/ou processada em comparação com a utilidade esperada de mais essa informação. Ver, sobre este ponto, A. Etzioni (2011a) 1103-1104.

49 H. A. Simon (1996) 25-27.

50 R. Hertwig (2007) 245.

51 Entre outros, D. Kahneman & A. Tversky (1974), (1979), (1981), (1984), (2000); D. Kahneman (2002), (2003a), (2006), (2011); D. Kahneman, *et al.* (1986), (1990), (1991); E. J. McCaffery, *et al.* (2000); T. Gilovich, *et al.* (eds.) (2002); G. A. Quattrone & A. Tversky (1988); M. Kelman, *et al.* (2000); A. Tversky & R. H. Thaler (1990).

52 Recordem-se também outros psicólogos que, pela mesma altura, também desenvolveram investigação com relevância e aplicação económica e para o crescimento da EC, tais como Duncan Luce, Anatol Ropoport, Sidney Siegel, Ward Edwards, Sarah Lichtenstein ou Paul Slovic.

53 Incluem-se aqui também os estudiosos das Finanças.

54 Para uma lista exemplificativa de economistas e psicólogos comportamentais, consultar a bibliografia.

55 Apresentando três razões principais, F. Heukelom (2012a).

em especial do conceito de racionalidade; por outro, por manter ainda como âncora, no plano normativo, a maximização da utilidade esperada e, portanto, integrar na sua estrutura parte do paradigma criticado; acresce a utilização da parte experimental e o tipo de testes empíricos desenhados, revelando a possibilidade de recurso a novas e estimulantes ferramentas metodológicas; a publicação dos trabalhos em revistas de topo, com alcance da elite académica económica⁵⁶; e, por fim, a utilização de exemplos simples, cativantes, próximos e reconhecíveis por peritos e leigos, intensificando a sua aceitação e difusão, característica, aliás, evidente na escrita carismática e muito bem sucedida de divulgação científica de Kahneman⁵⁷, a solo ou em parceria, na última década.

Deste muito apressado périplo histórico pelos principais autores que marcaram e ancoram a construção da EC como (sub)disciplina económica, mormente no âmbito da Microeconomia, resultam duas ideias interligadas: por um lado, a distinção entre uma “velha” e uma “nova” EC fundada geralmente no marco divisório dos trabalhos Kahneman, Tversky e Thaler⁵⁸ e, por outro, a heterogeneidade programática dentro da EC.

A EC “clássica” caracteriza-se por incorporar na análise económica achegas da Psicologia, embora nem sempre de forma sistemática, transversal e integrada, numa perspectiva mais teórica. Ademais, os seus autores (como Katona ou Simon) tentaram erigir teorias totalmente alternativas através da colação de dados empíricos e por transferência sistemática e em larga escala de importações teóricas e metodológicas da Psicologia, apresentando pois programas muito diferenciados⁵⁹. Simon, aliás, procurou, embora sem grande popularidade, integrar e adaptar as ideias de Turing para propor um enquadramento teórico dinâmico da decisão com um sistema cognitivo-computacional da escolha, racional em sentido lato na sua satisficiência⁶⁰, traduzido sob a forma de algoritmos que descrevam os procedimentos usados pelos agentes (individuais ou colectivos). Este é um esforço sobretudo ante-

56 N. Geiger (2014) 17.

57 D. Kahneman (2011), D. Kahneman, *et al.* (2021).

58 Sobre esta distinção e sobre o seu carácter mais ou menos *mainstream* (sobretudo enquanto mais ou menos ortodoxo), E.-M. Sent (2004) 737; J. Tomer (2007); P. E. Earl & T. C. Peng (2012); N. Geiger (2014); A. Truc (2018); A. Svorenčík & A. Truc (2022) 4.

59 A. Svorenčík & A. Truc (2022) 7.

60 K. V. Velupillai & S. Zambelli (2011) 280.

rior aos trabalhos de Kahneman e Tversky, pese embora, actualmente, Rubinstein, na dimensão algorítmica⁶¹, e, particularmente, Gigerenzer, com o seu Programa de Heurísticas, pareçam recuperar e seguir essa via⁶², com este último a tecer críticas duras às construções de Kahneman e Tversky (e dos seus discípulos) com implicações na EC, mas também no DEC e numa agenda de Paternalismo Libertário, voltando, pois, a uma racionalidade limitada “racional” e evolucionária na esteira de Simon e de Marshall⁶³.

Em termos simples, a “velha” EC, ou “algorítmica”⁶⁴, baseia-se na racionalidade limitada procedimental, de natureza ecológica, evolucionária, adaptativa e construtivista que vem ganhando alguns seguidores⁶⁵, na satisficência (racional) e na resolução de problemas, muito na linha de Simon (e dos seus colaboradores Newell e Shaw), autor preferencial citado por esta corrente, mesmo se com baixo impacto⁶⁶, até devido a alguma pluralidade programática, tendo especial expressão nos círculos académicos americanos de Carnegie (Simon, Cyert e March⁶⁷) e Michigan (Katona), e britânicos de Oxford e Stirling. Apesar da heterogeneidade de programas e sem uma comunidade científica institucionalizada e interconectada, a “velha” EC apresenta alguns pontos em comum: a interdisciplinaridade; a crítica e até rejeição ontológica e epistemológica da Economia *mainstream*; a preferência por métodos mais empíricos⁶⁸; e a Matemática de Edwards aliada à Teoria da Computação e da Complexidade Computacional⁶⁹.

61 A. Rubinstein (1998) 2-5, enfatizando a importância do processo de modelação em vez de uma racionalidade substantiva, e (2003).

62 Neste sentido, C. F. Camerer (2005) 25; J. B. Davis (2013) §5; A. Samson (2014); N. Geiger (2016) §4.

63 G. Gigerenzer (2019) 3547. Encontrando em Marshall os fundamentos evolucionários da “velha” EC, P. Earl (2017). No mesmo sentido, G. A. Cory Jr (2023).

64 K. V. Velupillai & S. Zambelli (2011) 281; S. J. Bickley & B. Torgler (2021) 2.

65 Além de Gigerenzer, recordem-se nesta linha de racionalidade ecológica nomes como V. Smith, C. Plott, R. Nelson, S. Winter ou até E. Ostrom, mas também os antropologistas Henrich e Boyd. Vejam-se, por exemplo, as suas obras, V. Smith (2002) e (2008); F. Parisi & V. L. Smith (2005); D. Grether & C. R. Plott (1979); C. R. Plott (2001); C. R. Plott & V. Smith (eds.) (2008); R. Nelson & S. Winter (1982) e (2002); E. Ostrom (2000); J. Henrich, *et al.* (2001) e (2004).

66 N. Geiger (2014) 17.

67 R. Cyert & J. March (1963). Ver sobre a influência da Carnegie School, R. Jones, *et al.* (2013b).

68 A. Svorenčík & A. Truc (2022) 7.

69 Y.-F. Kao & K. V. Velupillai (2015).

Já a “nova” ou “segunda onda”⁷⁰ apresenta uma abordagem marcadamente empírica e experimental que procura identificar anomalias, numa lógica de contra-exemplo⁷¹, no seio de uma Escolha Racional (i.e., com uma dimensão metodológica marcada)⁷² e se contrói descriptivamente em torno de uma racionalidade, motivação e auto-interesse limitados.⁷³ Por um lado, assenta na transferência selectiva de *insights* da Psicologia⁷⁴, por outro, na sequência da *Behavioural Decision Theory* de Edwards⁷⁵, no Programa de Heurísticas e Vieses de Kahneman e Tversky, considerando os julgamentos e decisões em ambiente de incerteza, e, por fim, na Teoria Prospectiva dos mesmos autores, proposta como alternativa ao Modelo de Utilidade Esperada Subjectiva, tanto mais que esta parece improvável na perspectiva evolucionária⁷⁶. Mais, desenvolve-se numa lógica de aplicação do programa global de Kahneman e Tversky, profusamente referenciados pela “nova” EC⁷⁷, aos modelos económicos standard e parte, portanto, da Economia Neoclássica *mainstream* como referência.⁷⁸ Isto significa que procura uma explicação (descritiva) “alternativa” para a anomalia detectada dentro do padrão económico, mas assume a racionalidade dos agentes noutras situações.⁷⁹ Ou seja, prefere uma abordagem ortodoxa que procura ajustar e mudar, por dentro, a Ciência Económica instituída, da qual aceita conceitos e construções e preferindo uma Matemática baseada em axiomas, lógica formal e probabilidades subjectivas⁸⁰.

Estes aspectos ajudam a esclarecer uma certa coerência e dimensão

70 C. E. Timon (2020) 488.

71 I. Erev & B. Greiner (2015) 152-154.

72 S. J. Bickley & B. Torgler (2021) 3.

73 Por todos, S. Mullainathan & R. H. Thaler (2000).

74 Provando-o, através de análise bibliométrica, F. Braesemann (2019).

75 M. Nagatsu (2015) 445.

76 R. B. Korobkin (2011) 1656. Todavia, a carta evolucionária é também usada, como se verá mais abaixo, pelos defensores do paradigma neoclássico, como Posner, numa primeira fase, nomeadamente salientando que apenas os comportamentos mais eficientes (e, portanto, racionais) sobrevivem.

77 N. Geiger (2014) 17. Ainda assim, K. V. Velupillai & S. Zambelli (2011) 281, assinalam preferencialmente o trabalho de Ward Edwards e de Leonard Savage como marco de uma “moderna” EC, enquanto precursores de Kahneman e Tversky.

78 N. Geiger (2014) 4.

79 M. Rabin (1998) 12; C. Camerer & G. Loewenstein (2004) 3; D. Kahneman (2003b) 163; N. Geiger (2014) 5.

80 Y.-F. Kao & K. V. Velupillai (2015); S. J. Bickley & B. Torgler (2021) 15.

mais monolítica teórica na “nova” EC do que na “velha”, ainda que a explosão crescente de programas nos últimos anos possa começar a esbater esta diferença, pese embora, alguns, como o da racionalidade ecológica de Gigerenzer ou os trabalhos de Altman⁸¹, possam ser reconduzidos à tradição da “velha” EC. Nesse sentido, talvez a adjectivação velha e nova possa ser desadequada, uma vez que remete primordialmente para um critério cronológico, tanto mais que os investigadores da “nova” EC quase não citam os autores e os conceitos da “velha” (como a racionalidade limitada procedimental e a Teoria Computacional de Simon, Newell, Turing, Cyert e March)⁸², evidenciando falta de continuidade.⁸³

Da mesma forma, outras adjectivações por vezes usadas como clássica/algorítmica *vs* moderna⁸⁴ ou até *mainstream* podem gerar alguma confusão, designadamente com períodos históricos. Outra opção seria distinguir a primeira da segunda, chamando àquela de Psicologia Económica e a esta de EC, na linha do preferido por Thaler⁸⁵, ainda que esta corrente recaia em certa medida no recorte da denominação de Psicologia Económica⁸⁶. Assim aquela sublinharia a importação da matriz disciplinar da Psicologia para a Economia e a segunda, ainda que se inspirando e edificando na Psicologia e nas Ciências Comportamentais, em geral, manteria a sua ligação mais estreita à Ciência Económica e ao seu paradigma corrente.

Destarte, prefere-se distinguir aqui entre uma EC heterodoxa (a “velha”) e ortodoxa (a “nova”), considerando, ou não, a ancoragem na Ciência Económica standard (de matriz neoclássica, portanto). Afinal, enquanto a “nova” aceita a Teoria da Escolha Racional como normativamente correcta, a “velha” rejeita-a tanto no plano descritivo como normativo.⁸⁷ A escolha da adjectivação ortodoxa e heterodoxa levanta, apesar de tudo, também ela, problemas, pois assume a uniformidade

81 Ver na bibliografia referências às obras dos dois autores.

82 K. V. Velupillai & S. Zambelli (2011) 280 ss.

83 Aparentemente contra, N. Geiger (2014) 5-6, recordando mesmo que Kahneman e Tversky no seu artigo de 1979 defendem uma fase de simplificação dos problemas que pode aproximar-se da Racionalidade Limitada de Simon, mesmo que posteriormente nem eles nem os seus discípulos a tenham desenvolvido.

84 Por exemplo, Y.-F. Kao & K. V. Velupillai (2015); S. J. Bickley & B. Torgler (2021) 2.

85 F. Heukelom (2011b) 1.

86 J. F. Tomer (2007) 470-471; K. Takemura (2019) 1-31.

87 N. Geiger (2016) § 4.

quer da Ciência Económica *mainstream* quer da EC, quando a história do pensamento económico revela, no seio de ambas, a sua variedade e evolução constante, mais acelerada nas últimas décadas, com alguns a falarem de uma segunda vaga na EC ortodoxa^{88, 89}. Com efeito, actualmente, verifica-se uma acelerada dinâmica na investigação em EC, expandindo-se em diversas direcções e tópicos, com variadas abordagens e graus de interconexão entre a Psicologia e a Economia (e até outras Ciências) e com maior ou menor ancoragem na Ciência Económica Neoclássica.⁹⁰ Tal indicia, portanto, alguma tendência para uma fragmentação crescente no seu seio, depois de um período de hegemonia da EC ortodoxa⁹¹, sendo, contudo, ainda demasiado cedo, para aferir o impacto deste movimento na autonomia e, sobretudo, na unidade científica da EC e no seu carácter mais ou menos ortodoxo. Aliás, nos últimos anos, as referências a Simon (e a outros economistas comportamentais heterodoxos) vêm aumentando, não deixando de ser potencialmente significativo o facto de se verificar uma variação terminológica com o abandono da dicotomia descritivo-normativo de Kahneman e Tversky (*benchmark* normativo *vs* desvios descritivos) transitando-se para a recuperação da designação de racionalidade limitada (mesmo se com um sentido diverso e mais amplo de desvio – cognitivo-comportamental- do modelo neoclássico⁹²), traduzindo uma aparente aproximação entre a EC heterodoxa e ortodoxa, mesmo se esta última impera actualmente.⁹³

Alguns denunciam mesmo um clima de alguma esquizofrenia⁹⁴ no seio da EC hodierna com: i) a sua necessidade de se distinguir da Psi-

88 M. Rabin (2002) 658; M. Nagatsu (2015) 446.

89 Sobre o carácter plural da Economia *mainstream* e a forma como é definida e recortada, por todos, D. Colander (2000); D. Colander, *et al.* (2004); J. B. Davis (2002) 149, (2006) e (2008); A. Bernstein (2005) 311 ss, com implicações na AED. Já F. Heukelom (2011b) recorta a Ciência Económica standard em função dos ensinamentos de Samuelson, o que leva a uma distinção única dentro da EC entre, por um lado, os programas mais ortodoxos de Kahneman, Tversky e Thaler e, por outro, menos ortodoxo, de Camerer, Loewenstein e Laibson. Aliás, no caso destes três autores, assim com Shiller e Akerlof, por exemplo, a delimitação e categorização do carácter mais ou menos ortodoxo do seu trabalho é bastante nublada.

90 N. Geiger (2014) 18.

91 Reconhecendo que poderá haver alterações na ortodoxia da “nova” EC, E.-M. Sent (2004) 754.

92 G. Gigerenzer & D. Goldstein (1996) 651; G. Gigerenzer (2008) 7; M. Cozic (2008).

93 F. Heukelom (2011b) 2-3; A. Svorenčík & A. Truc (2022) 10.

94 F. Heukelom (2011b) 25.

ciologia e da Economia Experimental; ii) a sua reformulação terminológica e repescagem de Simon, sem porém, aparentemente, haver um esforço de coordenação e integração entre uma racionalidade limitada uma racionalidade plena e uma racionalidade ecológica; e iii) a sua afirmação como *mainstream* (na acepção de enquadrada na Teoria Neoclássica) embora não só encaixe teorias alternativas como se estenda para campos e fundamentos cada vez menos ortodoxos como as Neurociências, a Genética ou a Biologia Evolucionária.

Todavia, por enquanto, várias conclusões se perfilam:

i. a EC como um todo constrói-se “aos ombros de gigantes”;
 ii. a EC (ortodoxa) reabre definitivamente o debate metodológico sobre o papel e lugar dos *insights* comportamentais e, conseqüentemente das assunções psicológicas, na Ciência Económica, ou seja, até que ponto a Economia e Psicologia podem ser independentes uma da outra e em que medida é que os pressupostos económicos devem basear-se na Psicologia⁹⁵.

iii. há pluralidade no seio da EC (quanto mais não seja pela diversidade assente entre uma EC heterodoxa e uma EC ortodoxa e pela diversidade de linhas programáticas internas que ambas contêm). Isto é, não há uma EC com uma teoria, metodologia, epistemologia, abordagem filosófica unitárias, há várias⁹⁶;

iv. desde os anos 80, com especial ênfase para as duas primeiras décadas do Século XXI, a corrente ortodoxa (no fundo de Psicologia Económica de fonte kahnemiana) tem-se afirmado dentro e fora da EC, sendo frequentemente confundida com esta como um todo, em especial na sequência dos prémios “Nobel” de Kahneman e Thaler. Ora, tal esconde a diversidade de programas de pesquisa dentro da EC;

v. apesar desta percepção pública de captura da EC pela corrente ortodoxa, verifica-se, nos últimos 20 anos, para os mais atentos, uma aproximação progressiva entre a “velha” e a “nova” linha da EC com a recuperação e revisão das fundações simonianas, que, juntamente com as novas linhas de pesquisa⁹⁷, abrem as portas a uma

95 S. Drakopoulos & I. Katselidis (2023).

96 Neste sentido, diferenciando as correntes dentro da EC, J. F. Tomer (2007) 469 ss; P. E. Earl & T. C. Peng (2012) 451-467; S. J. Bickley & B. Torgler (2021) 2.

97 Por todos, sobre linhas de pesquisa novas e com propostas de temas, C. F. Camerer, *et al.* (eds.) (2004); B. Frey & A. Stutzer (eds.) (2010). Ver também os títulos publicados nas séries

potencial (r)evolução⁹⁸ futura na matriz disciplinar (da própria EC e da Ciência Económica em geral), mormente por via da sua agenda correctiva e pela aceitação crescente de uma racionalidade procedimental e ecológica limitada que pode ajudar na construção de uma teoria unificadora.⁹⁹ É, porém, demasiado cedo para perceber como se relacionarão e integrarão ou não as várias correntes dentro da EC e os seus reflexos a montante e a jusante na Economia (e, por ventura, também na Psicologia e em outras Ciências Comportamentais) e nas suas sub-disciplinas, ainda que se observe uma convergência temática e metodológica entre uma linha mais de Psicologia Económica e outra de Economia Psicológica.¹⁰⁰

Ora, a conjunção destes factores, face à não linearidade de recortes paradigmáticos, torna bastante complexa a comparação mais fina entre a EC e a tradição neoclássica associada ao isolacionismo, positivismo e maior formalização da Economia *mainstream* pós-paretiana¹⁰¹, por um lado, e, por outro, o recorte matricial e autónomo da EC como um todo. Tanto é mais verdade, quando se considera a dimensão geográfica e se verifica que a EC heterodoxa tende a recair numa tradição mais europeia de Psicologia Económica e a EC ortodoxa traduz um movimento de exportação americano.¹⁰²

Em suma, embora seja frequentemente aceite a origem “norte-americana” com Kahneman e Tversky da EC e a sua dimensão ortodoxa que irá ser exportada e integrada no DEC, na verdade a realidade parece bem mais matizada.

3. O “pai”: a *Law & Economics*

Sem querer entrar nos detalhes e nuances históricos e das variações internas da *Law & Economics*¹⁰³, nem aprofundar as suas considerações

Routledge Advances in Behavioural Economics and Finance e Palgrave Advances in Behavioral Economics.

98 E. M. Cervellati (2018) 94, prefere falar em re-evolução, pois a Economia já tem em si, por natureza, uma dimensão comportamental.

99 S. Mousavi (2017).

100 J. F. Tomer (2007) 478; G. Mallard (2017) e (2018). Aproximando a Economia Psicológica de uma Neuroeconomia Psicológica, T. Larsen (2022).

101 S. Drakopoulos & I. Katselidis (2023).

102 W. F. Van Raaij, *et al.* (2013) viii; V. R. de Mello Ferreira (2007a) 10; S. E. Lea, *et al.* (1987) xxii.

103 Por todos, sobre a temática das diferentes linhas dentro da *Law & Economics*, tais como

positivas, prescritivas e normativas¹⁰⁴, recorde-se que o actual movimento de AED nasce na Escola de Chicago e floresce rapidamente a partir da década de 70 com base nos trabalhos inovadores e inspiradores de Coase e Calabresi. Primeiro encontra discípulos entre economistas como Becker, Diamond, Kaplow ou Shavell e só depois nas Escolas de Direito, com Posner à cabeça¹⁰⁵, como resposta ao positivismo legal com a importação de institutos e conceitos (micro)económicos (neoclássicos)¹⁰⁶ para a Teoria do Direito, em ramos não tipicamente económicos, mas em que se podem encontrar falhas de mercado.

As principais linhas condutoras da AED passam, até pela sua natureza interdisciplinar, por uma recusa da autonomia das diferentes Ciências Sociais e pelo recurso a ideias e métodos integrados de outras disciplinas. Afinal, analisa-se o Direito com ferramentas económicas, mormente para a interpretação e avaliação das regras e da racionalidade económica do sistema jurídico. Nestes termos, rejeita-se o convencionalismo e o raciocínio abstracto e apresentam-se reservas aos termos das ciências exactas. Procura-se, pois, estudar a eficiência do Direito (ex. custos e benefícios dos instrumentos jurídicos e da intervenção jurídica) e assume-se, no fundo, a eficiência, enquanto elemento normativo por excelência¹⁰⁷, como uma forma de Justiça¹⁰⁸, incluindo, mas

Chicago Law and Economics, Institutional Law and Economics, New Institutional Economics, Public Choice Theory, New Haven, Modern Civic Republican, Austrian Approaches e Behavioural (ou *Social Norms*) *Law & Economics*: S. Harnay & A. Marciano (2011) que distinguem AED (beckeriana e posneriana) de *Law & Economics* (coaseana); L. Kornhauser (2011); N. Mercuro & S. G. Medema (2006); E. Mackaay (2000); G. Calabresi (2016). Sobre a AED, também por todos, R. A. Posner (1998a); S. Spurr (2010); D. Wittman (2006); S. Shavell (2004); R. A. Posner & F. Parisi (eds.) (2002); B. Bouckaert & G. De Geest (eds.) (2000); D. Friedman (2000). Em termos de fontes bibliográficas e revistas especializadas, vejam-se nomeadamente: *Journal of Law and Economics*; *Journal of Legal Studies*; *Journal of Law, Economics and Organization*; *American Law and Economics Review*; *International Review of Law and Economics*; *Research in Law and Economics*; *European Journal of Law and Economics*. Online: <http://ssrn.com/> e <http://law.bepress.com/repository/>.

104 Por todos, sobre as dimensões positivas, prescritivas e normativas da AED, nas suas principais Escolas (Chicago e New Haven), F. Esposito (2017).

105 E. Mackaay & S. Rousseau (2015) 8 ss.

106 R. B. Korobkin & T. S. Ulen (2000) 1060–1061; R. Ashford (2016) 292; D. Teichman, *et al.* (2023) 1.

107 Sobre a vitória normativa da eficiência (e do Bem-Estar) sobre a Justiça/equidade na AED, L. Kaplow & S. Shavell (2002). Contra, com um maior balanço entre Eficiência e Justiça na AED, G. Calabresi (1970) 291–293, 301–308.

108 R. A. Posner (2014) cap. 2.4, não excluindo, porém, outras formas e ideias de justiça.

não apenas, numa perspectiva consequencialista, visto que se avaliam as consequências que as regras jurídicas têm na sociedade num ambiente de falta de recursos¹⁰⁹. O discurso jurídico passa, deste modo, a apresentar um tom mais tecnocrático, em torno de uma visão funcional e instrumental do Direito, de uma análise custo-benefício (ACB) e de uma remodelação das categorias e instituições jurídicas pelos critérios económicos. Fugindo (e criticando) uma abordagem de formalismo jurídico, prefere-se um certo instrumentalismo pragmático com o sistema jurídico politicamente orientado para a prossecução do interesse público e para a maximização dos interesses legítimos da maioria num contexto de escassez. Ou seja, o Direito tem valor económico e capacidade para gerar e mudar a realidade, sendo os práticos do Direito verdadeiros criadores. No fim, está em cima da mesa a busca por um maior realismo e desconstrução do pensamento jurídico tradicional, graças a um modelo analítico unificado (a saber os instrumentos da Microeconomia Neoclássica) que assegure maior eficiência, máxime o aumento do Bem-Estar total.

Em suma, o ponto de partida é de que as pessoas respondem a incentivos. As premissas da AED assentam, pois, para além da eficiência, na racionalidade económica dos sujeitos enquanto maximização do seu interesse em situação de escassez e de constrangimento externo¹¹⁰. Mais, aceita-se (pelo menos na linha da Escola de Chicago) um individualismo metodológico e normativo¹¹¹. Isto é, metodologicamente olha-se e descreve-se o sujeito e as suas preferências e não comandos morais ou sociais, embora o objecto de estudo não sejam as escolhas de um indivíduo específico, mas um comportamento individual represen-

109 H. B. Schäfer & C. Ott (2004) 4.

110 Note-se que se está a descrever genericamente o movimento, já que dentro do mesmo existem variações, designadamente no que concerne o paradigma de racionalidade. Assim, por exemplo, para alguns centra-se na maximização de Bem-Estar, para outros de riqueza. Não cabe aqui aprofundar, a não ser incidentalmente se necessário para a narrativa prosseguida, esta questão, como se teve, aliás, oportunidade de mencionar.

111 Contra, considerando nublosa a dimensão normativa da AED, P. Cserne (2017) §21. No entanto, mesmo que se aceite que a pela diversidade dentro da *Law and Economics* não é possível, de forma clara, encontrar um consenso sobre as suas fundações normativas, ou que estas mesmo de dentro de cada corrente não estejam explicitamente evidentes, é preciso não esquecer que, aquando da exportação para outras áreas, como para o DEC, as polémicas e divisões internas são aplacadas e é aceite a transposição de um determinado modelo simplificado (e mais popular), neste caso de eficiência e maximização da utilidade esperada.

tativo/médio do agregado¹¹². Já em termos normativos, assume-se que a função do Estado se cinge ao conjunto das preferências dos indivíduos, que com informação completa e experiência sabem o que é melhor para si mesmos¹¹³. Esta ideia é mantida pelos defensores de um Paternalismo Libertário¹¹⁴, pese embora a concepção de falhas sistemáticas e o conseqüente desvio da maximização do Bem-Estar (individual e colectivo) apresentem alguma erosão à defesa de um puro *laissez-faire*.¹¹⁵ Consentem-se igualmente a economia de mercado e o ambiente competitivo como meios de alocação óptima e a eficiência como critério analítico por excelência, no intuito de explicar o comportamento dos agentes submetidos a regras jurídicas e os efeitos das normas quando se procuram resultados eficientes.

Este movimento, que conta hoje com grande presença nas academias e gabinetes legislativos por todo o mundo, mesmo se com maior significância e representação nos países anglo-saxónicos¹¹⁶, não se consolidou sem reparos, encontrando resistências, em especial na Europa e nas jurisdições de *Civil Law*, como Portugal ou o Brasil. As críticas, aliás, têm-lhe permitido evoluir continuamente, abrindo-se, ampliando-se, estendendo-se¹¹⁷, adaptando-se e integrando outras correntes, mesmo depois de ter sido vaticinado o seu ocaso¹¹⁸ depois do debate aceso sobre os seus fundamentos no início dos anos 80¹¹⁹, o que ajuda a explicar distinções substantivas dentro do movimento mais lato da AED¹²⁰.

Esta fragmentação crescente e a actual afirmação mais ou menos sub-reptícia do DEC levantam a dúvida sobre um eventual declínio e “crise de meia-idade”¹²¹ da AED e da sua transformação num mero

112 Y. Foka-Kavaliaraki & A. N. Hatzis (2011) 9-10.

113 H. B. Schäfer & C. Ott (2004) 5; K. Mathis & A. D. Steffen (2015) 32-33.

114 C. R. Sunstein & R. H. Thaler (2003); R. H. Thaler & C. R. Sunstein (2003).

115 D. Teichman, *et al.* (2023) 4.

116 Esta menor penetração fora do universo anglo-saxónico traduz-se em apenas duas monografias transversais aplicadas especificamente à chamada *Civil Law* (i.e., o sistema de matriz romano-germânica): E. Mackaay & S. Rousseau (2015); H. B. Schäfer & C. Ott (2004). Em português, mas não necessariamente aplicado à *Civil Law*, V. Rodrigues (2007).

117 A. Bernstein (2005) 132.

118 O. M. Fiss (1989) 245.

119 E. Mackaay & S. Rousseau (2015) 12-13.

120 P. Cserne (2017) nota 5.

121 G. S. Crespi (1991).

“clube universitário”¹²² ou “culto”¹²³. Se é verdade que a crise financeira de 2007/2008 lançou vaticínios da morte da Economia, em particular de matriz neoliberal, e consequentemente reticências quanto a uma AED que poderia, fundacionalmente, constituir um caso de “*imperialismo económico*”¹²⁴, na verdade assiste-se à sua estabilização nos Estados-Unidos, tornando-se aí *mainstream*.

A hegemonia da Teoria da Escolha Racional¹²⁵ é bem patente no âmbito da AED com Becker¹²⁶ a assumir como pressupostos desta abordagem a maximização da utilidade, o equilíbrio de mercado e preferências estáveis e transitivas. A estes elementos cognitivos acresce uma dimensão motivacional, a saber de auto-interesse.¹²⁷ O modelo de agentes com características sobre-humanas e perfeitas aproxima-os de verdadeiros *cyborgs*, capazes de, num instante, não apenas coligir toda a informação necessária para julgar e decidir, mas também processá-la correctamente e, no final, tomar a melhor decisão: a saber, aquela que otimiza a sua utilidade esperada ou, de forma mais simples, aquela que é melhor para si, mais eficaz, eficiente e económica. Ora, este entendimento (que nunca foi unânime ou incontestado em termos históricos) começa a ser desafiado pelos desenvolvimentos nas Ciências Comportamentais, com o interesse crescente pela Teoria Prospectiva a paulatinamente erodir as barreiras postulares da *Law & Economics*.¹²⁸

Embora encontrando muitas resistências e críticas ao início, a abordagem comportamental foi deixando de ser estranha para se entranhar

122 A. Bernstein (2005) 330.

123 J. L. Schroeder (2000a) 5. Curiosamente, J.-M. Servet (2018) 16, refere-se à EC ortodoxa como “seita”, pelo seu suposto afastamento de outras ciências e metodologias e apresentar uma uniformidade de pensamento.

124 K. Mathis & A. D. Steffen (2015) 32; E. Mackaay & S. Rousseau (2015) 8.

125 Note-se, porém que face a uma certa heterogeneidade na Escola Neoclássica, o conceito de racionalidade nem sempre se reconduz à maximização da utilidade esperada. Cf. R. B. Korobkin & T. S. Ulen (2000) 1060-69, referindo, nomeadamente, as versões finalística, de utilidade esperada, de auto-interesse e maximizadora de riqueza. Para efeitos desta obra, tender-se-á a utilizar de forma sinónima, apesar das suas diferenças, entres outras, a Teoria da Utilidade Esperada, da Escolha Racional ou da Maximização do Bem-Estar. Sobre as várias facetas e compreensões da Teoria da Escolha Racional, por todos, C. Herfeld (2020).

126 G. Becker (1976) 5 e (1981) ix.

127 D. Teichman, *et al.* (2023) 1.

128 Também se verifica uma tentativa de refinamento por via da Biologia, em especial Comportamental, Evolucionária e Neurológica, sobretudo movida por O. D. Jones. Por todos, O. D. Jones (2001d), (2001e); O. D. Jones, *et al.* (2008).

no estudo da Economia, mormente com o desenvolvimento estonteante da EC, sendo, por via desta, exportada para a AED¹²⁹, em especial por uma revisão e reinterpretação do Teorema de Coase, com o trabalho pioneiro de Kelman¹³⁰, em 1979, e o de Jolls, Sunstein e Thaler¹³¹ dezoito anos mais tarde, seguido pelo manifesto de Ulen e Korobkin¹³² dois anos depois, encetando-se assim uma (r)evolução comportamental similar à económica no seio da teoria jurídica¹³³.

Na sua génese (norte-americana), porém, o DEC não pretendia ser um (novo) Direito Comportamental (*Behavioural Law*) ou um Direito e Ciências Comportamentais (*Law & Behavioural Sciences*), isto é de um olhar das Ciências Comportamentais (e da Psicologia Cognitiva e Social, em especial) sobre o Direito. O objectivo era mais fino. Tratava-se de associar os conhecimentos comportamentais a uma determinada abordagem da Teoria do Direito: a AED, isto é, a aplicação da teoria (micro)económica (neoclássica), com os seus conceitos e instituições, ao Direito, de modo a averiguar, por um lado, a eficiência (e efeitos) das regras jurídicas existentes e, por outro, prever e propor regras mais eficientes e adequadas aos propósitos prosseguidos, uma vez que as tradicionalmente propostas, atendendo aos conhecimentos comportamentais, poderão não ser as mais adequadas. De forma simples, tratava-se de olhar para o Direito e para as questões e institutos jurídicos com os óculos (instituições, institutos e instrumentos) conjuntos da Economia e das Ciências Comportamentais, máxime da EC, ou seja, prosseguir uma Análise Económico-Comportamental do Direito¹³⁴, e não tanto uma análise comportamental (*tout court*) do Direito (em geral)¹³⁵.

129 E. Angner & G. Loewenstein (2006) 55.

130 M. Kelman (1979).

131 C. Jolls, C. R. Sunstein & R. H. Thaler (1998).

132 R. B. Korobkin & T. S. Ulen (2000).

133 N. Berg (2003).

134 Concordando com esta dupla genealogia da AECD (a saber a AED e a EC), M. D. White (2010a) 1; T. O'Reilly (2023) 273, figura 1. Parecendo preferir a paternidade única da AED, C. Jolls (1998) 1653 e (2007) 3. Aparentemente, focando a ascendência da Economia e da EC, em especial, E. Angner & G. Loewenstein (2012) 641; K. Mathis & A. D. Steffen (2015) 31; S. M. Sheffrin (2017) §6. Também C. F. Camerer (2005) 19 que fala do DEC como um *franchise* da EC. Olhando para o DEC como extensão da AED e, consequentemente da Economia Neoclássica, C. Engel (2018) 3-4. Sobre este debate, P. Cserne (2017) §5 a 11.

135 E. Zamir (2016) 4, sublinha a componente histórica para explicar que a análise comportamental chega ao Direito pela via da AED.

Como se escreveu noutra sede¹³⁶, a AECD tem como objectivo explicar porque o Direito é como é¹³⁷ ao importar e desenvolver na AED, e cada vez mais para lá desta, conhecimentos comportamentais identificados e trabalhados, numa primeira fase, pela Psicologia Cognitiva¹³⁸ e, mais recentemente, pela generalidade das Ciências Comportamentais, uma vez que se questiona e contesta (pelo menos, na visão ortodoxa, no plano positivo) o postulado da racionalidade assumido na análise económica tradicional, em que o agente económico se assemelha a um *cyborg* onisciente, controlado e frio, aparentemente imune à sua envolvimento e dirigido para a maximização do seu Bem-Estar. Procura-se, portanto, um maior realismo na análise do Direito, tanto em termos positivos e descritivos, como mesmo, em alguns casos, normativos e prescritivos. Tal não significa, no entanto, que se pretenda atribuir ao Direito uma função de reposição e afirmação da verdade objectiva (se é que existe), mas sim a prevenção e resolução de eventuais conflitos de interesses ponderando verdades plurais e subjectivas que resultam dos conhecimentos comportamentais.¹³⁹ Ou seja, o que se procura é, para os seus defensores, um ajustamento na AED, por se acreditar que, nesta fase de desenvolvimento da EC e da AECD, constitui um avanço e melhoria metodológicos e epistémicos, mesmo se com custos de apreensão e de difícil generalização. Recorde-se que um dos pais da AED, Calabresi¹⁴⁰, logo em 1961 na sua aplicação da análise económica à distribuição e cobertura do risco, rejeitou edificar uma AED que presupusesse a racionalidade plena individual, que os próprios aplicadores do Direito, como os juizes, dificilmente aceitariam pela sua dimensão irrealista. Mais, em 1985, crítica o standard do “*reasonable man*”, revelando o seu carácter restritivo focado na agregação de ideais, crenças e atitudes WASP que deixariam de fora, por exemplo, italo-americanos como o próprio Calabresi¹⁴¹. Voltou, no seu último livro, a lançar o repto de maior consideração pelos conhecimentos comportamentais que considera melhorarem a AED¹⁴², em especial as preferências por

136 R. Saraiva (2011).

137 R. A. Prentice (2003) 1671.

138 C. Jolls (2007) 2; S. Harnay & A. Marciano (2011) 87.

139 R. Saraiva (2011).

140 G. Calabresi (1961) 515.

141 G. Calabresi (1985).

142 G. Calabresi (2016) 4-5, 12, 146.

bens de mérito e altruísmo¹⁴³, o que explica que a sua abordagem da *Law & Economics* se apresente, pelo reconhecimento de limitações cognitivas, como verdadeiramente precursora do DEC.¹⁴⁴ Tal como na Economia *mainstream*, também na AED o postulado da racionalidade enquanto maximização da utilidade esperada apresenta detractores ou, pelo menos, objectores de consciência ou moderados.

Em termos históricos, de forma sucinta, no plano do DEC, aparecem, durante os anos 80 e 90, predominantemente nos Estados Unidos e em revistas universitárias, alguns estudos dispersos¹⁴⁵ que incorporam os mais recentes desenvolvimentos dos estudos comportamentais no Direito, na AED e na decisão de política legislativa, passando por temas muito diversos.¹⁴⁶ A mais das vezes são trabalhos que contemplam, nas suas apreciações, a Teoria Prospectiva de forma mais ou menos incidental, embora ainda não o façam assumida e sistematicamente como será aventado por Jolls, Sunstein e Thaler¹⁴⁷. No início do Século XXI, e portanto nos últimos vinte e cinco anos, multiplicaram-se os estudos de AECD e estenderam-se os seus domínios de aplicação, um pouco por todo o mundo, ainda que se continue a verificar uma supremacia anglo-saxónica (e norte-americana, em especial), mormente em áreas jurídico-económicas como a regulação e o Direito do Consumo e um pouco menos no âmbito concorrencial e do *antitrust*, possivelmente devido, no início, a alguma renitência em extrapolar para organizações *insights* comportamentais de base individual. Outros temas como o Direito Ambiental, da Saúde ou Fiscal apresentam grandes

143 Procurando desmontar estes argumentos com base numa argumentação de *rent-seeking*, P. T. Leeson (2019) 30.

144 M. G. Faure (2008) 96 ss.

145 Com uma resenha dos estudos no âmbito do DEC construído da esteira dos estudos de Kahneman e Tversky, incluindo antes do seu surgimento “oficial” em 1998, e não o confundindo com uma mais lata necessidade de cuidados e parcimónia na utilização da Psicologia no Direito (incluindo na correcção para a racionalidade), R. E. Scott (1986).

146 Ver, por exemplo, M. J. Saks & R. F. Kidd (1980); J. C. Coffee Jr. (1981); J. D. Cox & H. L. Munsiger (1985); H. A. Latin (1985); T. H. Jackson (1985); C. R. Sunstein (1986), (1993), (1997), (1999a) e (1999b); W. Edwards & D. von Winterfeldt (1986); R. C. Ellickson (1989), (1991), (1998) e (2000); T. S. Ulen (1989), (1990) e (1998); H. R. Arkes (1989); D. M. Weiss (1991); L. H. Krieger (1995); S. Issacharoff (1996); D. C. Langevoort (1996); J. J. Rachlinski (1996), (1997), (1998), (1999), (2000a), (2000b) e (2000d); J. S. Levy (1997); R. B. Korobkin & C. Guthrie (1997); R. B. Korobkin (1998a), (1998b), (1999) e (2000b); B. Brix (1998); C. R. Sunstein & T. Kuran (1999).

147 C. Jolls, C. R. Sunstein & R. H. Thaler (1998).

desenvolvimentos e interesse, assim como nas áreas da Responsabilidade Civil, Penal e Contratos. Ademais, a institucionalização de unidades comportamentais junto das Administrações, Governos e Organizações Internacionais e Supranacionais dinamiza enormemente, em particular nos países de matriz de *Common Law*, o DEC e a sua interligação estreita às políticas públicas.

Em síntese, há um interesse político-administrativo e legislativo crescente na importação e consideração de *insights* comportamentais, mesmo se com modelos e graus de integração e institucionalização efetivos diferentes¹⁴⁸ e se esperasse hoje maior grau de transformação do desenvolvimento de Políticas Públicas.¹⁴⁹ Se a narrativa sobre a ponderação e inclusão de conhecimentos comportamentais e de instrumentos *soft* como os *nudges* parece ser consistente no discurso de transposição político-jurídica da abordagem comportamental, já uma análise mais apurada revela discrepâncias a vários níveis, incluindo a base teórica e metodológica e os processos e meios de aplicação empregues, que indiciam a natureza flexível e camaleónica da praxis comportamental que se adapta e ajusta às necessidades e contextos.¹⁵⁰ Aliás, apesar da crescente institucionalização dos *insights* comportamentais em mais de 70 países, ainda assim poucos são os que já passaram a primeira fase de implementação e entraram em fases mais maduras e sistemáticas de aplicação e sobretudo de desenvolvimento.¹⁵¹

148 A. Alemanno (2019) e E. Ciriolo, *et al.* (2019) sublinham diferenças de grau de difusão e integração da abordagem comportamental nos países europeus, com alguns mais afoitos e sistematizados, como o Reino Unido, a Irlanda, a Noruega ou a Dinamarca, outros mais lentos, descentralizados e fragmentados como a França, os Países Baixos, a Alemanha ou a Itália, e outros quase ausentes como o Luxemburgo ou a Áustria. A. Alemanno (2019) 7, distingue vários níveis de institucionalização, em contínuo: i) o estado *pré-nudge*, em que se verifica interesse na temática, mas fica sobretudo fechado nas academias; ii) o estado incipiente de *nudge*, em que há atenção à temática, mas fica restrita a alguns círculos; iii) um estado maduro de *nudge*, com maior institucionalização, testagens, aplicação e debate; e um estado *pós-nudge* de consideração transversal, integrada e sistemática.

149 M. Sanders, *et al.* (2018); P. G. Hansen (2018).

150 S. Ball & J. Feitsma (2020).

151 Z. Afif, *et al.* (2018) 10: “*Progression through the ‘early majority’ stage and to the ‘late majority’ stage will be dependent on standardization and generalizability of tools, approaches, and insights. Until there is more certainty over the benefits and return on investment of mainstreaming behavioral science into public sector, more risk averse or resource scarce institutions will be reluctant to join the crowd. Even in some countries or departments where behavioral insights are more established, it remains to be seen to what extent behavioral science will be integrated throughout the policy planning and implementation process, or if it will remain an ancillary function.*”

Com efeito, verificam-se assimetrias geográficas assinaláveis.

Como mencionado, a AED emerge como a principal abordagem transdisciplinar à Teoria do Direito, nos Estados-Unidos¹⁵², em que ideologicamente é aproximada a uma ala Direita neo-conservadora¹⁵³. Difunde-se depois para outros países anglo-saxónicos e infiltra-se, ainda que com menos força, nos meios académicos e judiciais¹⁵⁴ de matriz romano-germânica¹⁵⁵, possivelmente devido: para além de diferenças culturais e institucionais¹⁵⁶; à sua desconfiança quanto à interdisciplinaridade e à aplicação de princípios e conceitos económicos à análise legal e à Teoria do Direito por se tratarem de sistemas teóricos diversos com língua, linguagem, metodologia e prática diferenciadas¹⁵⁷; ao maior conservadorismo e inércia¹⁵⁸ que servem de barreira protectora não só para a profissão jurídica¹⁵⁹ como contra uma colonização valorada como perigosa e inútil por parte da Economia; a um menor pragmatismo; à carga ideológica percebida; à diferente edificação institucional do ensino do Direito (que começa ao nível da licenciatura, com alunos muitas vezes “refugiados” da Matemática¹⁶⁰ e com docentes com incentivos diferentes na construção da carreira¹⁶¹); e a uma construção menos adaptada a um ordenamento normativo mais geral e abstracto com uma estrita interpretação da separação de poderes¹⁶². Esta evidente menor adesão europeia à AED, ou “marginalização polida”¹⁶³, pode mesmo suscitar a questão em torno da dupla genealogia do DEC na Europa, estando muito provavelmente este mais aliado ao sucesso da EC e das Ciências Comportamentais, em geral, do que da *Law & Economics*, servindo, pois, o DEC de porta de apresentação

152 R. Cooter & T. S. Ulen (2003) 3-5. Em termos quantitativos sobre a importância do DEC, em especial nos Estados-Unidos: W. M. Landes & R. A. Posner (1993); F. R. Shapiro (1996).

153 T. S. Ulen (2015) nota 9; N. qa & S. G. Medema (2006) 52; S. M. Bainbridge (2000) 1030.

154 M. Pargendler & B. Salama (2015).

155 E. Mackaay & S. Rousseau (2015) 16-18.

156 K. G. Dau-Schmidt & C. L. Brun (2006) 602, 616.

157 K. Grechenig & M. Gelter (2008) 295.

158 R. Cooter & J. Gordley (1991) 261-262.

159 N. Garoupa (2011) 1517.

160 D. Khong (2010).

161 N. Garoupa & T. S. Ulen (2008) 1555; O. Gazal-Ayal (2007) 485, 486-487.

162 R. A. Posner (1997) 3, (2009) 42.

163 A.-L. Sibony & A. Alemanno (2015) 22.

privilegiada da integração das Ciências Comportamentais na análise jurídico-política¹⁶⁴. Tal poderá traduzir-se numa maneira diferente de fazer AECD, possivelmente mais comportamental e menos (micro) económica, visto que a AECD não é tanto encarada como uma AED melhorada, mas sim um acesso a dados empíricos que podem auxiliar num Direito melhorado e mais eficaz. Ou seja, no Velho Continente mais facilmente a abordagem comportamental será adoptada por juristas “tradicionais” não versados em AED, do que pelos com experiência neste campo, ainda que em Portugal, por exemplo, a sua introdução tem vindo por via dos académicos jus-económicos.¹⁶⁵ Isto significará que, na Europa, se tenderá a levar mais a cabo uma análise comportamental do Direito do que a sua sub-abordagem de análise económico-comportamental do Direito¹⁶⁶, até porque a compreensão dos comportamentos humanos se rege menos pela bitola da maximização¹⁶⁷, e com menos atritos do que do outro lado do oceano, em que a AED “clubística”¹⁶⁸ tende a reagir defensivamente com o DEC a ser abraçado pelos detractores daquele movimento¹⁶⁹. Por outras palavras, na Europa adivinha-se uma ligação mais directa e alargada na relação entre Direito e as Ciências Comportamentais, sendo menos mediada (apesar do peso inultrapassável da doutrina americana, que alimentará a metodologia mais doutrinária europeia, sobretudo perante a escassez, pelo menos inicial, de desenvolvimento académico europeu) pela componente económica (quer da AED, quer da EC). Daqui decorre

164 A.-L. Sibony & A. Alemanno (2015) 9 e 23, notam mesmo que, do ponto de vista do Direito, teria sido mais proveitoso uma consideração directa dos conhecimentos empíricos da Psicologia do que a seu *bypass* pela EC e pelos *insights* que esta julga importante.

165 Nos Estados-Unidos, alguns académicos do Direito não versados em AED também acabam por sentir curiosidade pelo DEC. Veja-se o caso paradigmático de R. Hillman (2000), embora identificando limitações positivas e normativas. Em Portugal, assinalem-se em especial Fernando Araújo, Miguel Patrício e Raquel Franco.

166 Distinguindo, incluindo no plano normativo, entre análise comportamental do Direito e DEC, pese embora reconhecendo que este abarca grande parte da investigação comportamental no Direito, A. Tor (2008) 314, 316. No mesmo sentido, J. J. Rachlinski (2000c) 764-765.

167 A.-L. Sibony & A. Alemanno (2015) 22, que consideram que esta menor rigidez no entendimento da racionalidade do comportamento na Europa pode refrear a adesão à abordagem comportamental por não ser tão “inovadora”. Esta hipótese, porém, pode revelar-se falível. Afinal, também é plausível, até numa lógica de viés da confirmação e da garantia de uma “chancela científica”, que os académicos europeus adiram mais facilmente para assim justificar “cientificamente” as suas presunções e crenças.

168 A. Bernstein (2005) 330.

169 T. S. Ulen (2013) 34.

também que se o movimento tivesse começado deste lado do Atlântico, muito possivelmente o seu nome seria Direito e Psicologia (no início) ou então Análise Comportamental do Direito ou até (hoje) Direito e Ciências Comportamentais, denominações mais neutras e amplas abarcando a integração de mais disciplinas do que a Psicologia, mas também mais precisas em termos substantivos.¹⁷⁰

Com efeito, podem ser observadas algumas diferenças na AED na Europa em relação aos Estados-Unidos. Em traços largos, além de uma aceitação mais limitada e crítica deste conceito analítico por parte da doutrina, ainda que com melhor aceitação nas matérias jurídico-económicas¹⁷¹, observa-se uma maior ênfase nas considerações do Estado de Direito, em vez de na doutrina substantiva.¹⁷² Mais, não deixa de ser curioso que, apesar da origem estado-unidense do próprio DEC, a sua agenda normativa correctiva (sobretudo *soft*) ligada ao Paternalismo Libertário e ao *Nudging* e da sua implementação em primeiro lugar com a Administração Obama (mesmo se alguns ensaios com Bush e Clinton¹⁷³), é na Europa que encontra maior concordância. O contexto político, em especial com a(s) Presidência(s) de Trump e a ascensão de um Tea Party/Extrema Direita avessos a ingerências públicas mesmo que “*light*”, pode ter contribuído para a maior contestação americana, em regra mais libertária que o Velho Continente¹⁷⁴, enquanto na Europa se vai consolidando o apoio, quer no plano da União Europeia, quer dos Estados individualmente considerados, aproveitando uma maior abertura cultural à intervenção do Estado.

Além da componente geográfica diferenciada, o elemento comportamental parece ter conquistado mais rapidamente os juristas do que os economistas no seio da AED. Ulen¹⁷⁵, por exemplo, defende três razões para tal. Em primeiro lugar, o Direito será mais pragmático e menos teórico do que a Economia, ou seja, tem uma preocupação maior com

170 A.-L. Sibony & A. Alemanno (2015) 8-10, reconhecem, porém, que nos Estados-Unidos, por razões de “marketing”, seria mais fácil a denominação DEC e *Behavio(u)ral Analysis of Law*.

171 M. Moura e Silva (2000) 316.

172 R. A. Posner (2009) 44.

173 P. Hacker (2016a) 382.

174 P. Hacker (2016a) 381-382.

175 T. S. Ulen (2015) 4-6. Em T. S. Ulen (1998) 1479, defende mesmo que no DEC se assiste a um movimento em direcção contrária ao que sucedeu com a AED. Ou seja, agora vai ser “*from the law to economics*.”

a sua aplicabilidade e com o diálogo com os práticos do Direito e legisladores do que com a pureza hipotética e conceptual. Talvez por isso, a Ciência jurídica seja mais permeável à inovação, sobretudo se esta for mais empírica e realista. Ora, a componente comportamental é mais familiar e perceptível para um jurista do que, aliás, a AED que se lhe encontra subjacente na AECD. Em segundo lugar, a integração da abordagem comportamental não obriga no Direito, como na Economia, a uma revisão de uma metodologia nuclear institucionalizada por várias décadas (como o postulado da racionalidade). Afinal, a unicidade do Direito não provém do método, mas do seu objecto conteudístico. Nesta linha, aliás, Estrada¹⁷⁶ defende, embora sem grande prova, que os não adeptos da abordagem económica estarão mais abertos à via comportamental por desconfiarem desde o início dos postulados neoclássicos. Em terceiro lugar, a AED abriu as portas para uma AECD, facilitando a dimensão comportamental, uma vez que o embrião da interdisciplinaridade se encontrava implantado, permitindo uma inovação cumulativa. Em rigor, Ulen ainda acrescenta uma quarta razão que, em parte, parece contradizer o último argumento citado, a saber alguns juristas acolhem a AECD não tanto pela bondade e riqueza da hipótese, mas porque esta tem o condão de atacar a análise económica e a recondução aos mercados. Ou seja, ao pôr em causa a Teoria da Escolha Racional está a criticar a Economia Neoclássica e a AED. No final, em particular nos Estados-Unidos, esta posição dever-se-á mais a considerações políticas, com a identificação da AED à Direita, do que com concepções teóricas estritamente académicas. Todavia, tal politização¹⁷⁷ e tentativa de “esquerdização” da AECD¹⁷⁸ choca com a terceira via proposta pelos seus “país”, que acabam acusados, por vezes, tanto de excessos de Direita como de Esquerda, ora afastando a intervenção do Estado quando ela é mais precisa devido à presença de erros palpáveis e identificáveis, minorizadores do Bem-Estar individual e colectivo, num “projecto estratégico neoliberal”¹⁷⁹, ora escondendo uma pe-

176 J. Estrada (2001) 2.

177 M. Quigley & A.-M. Farrell (2019); B. Ewert (2020).

178 T. Henderson (2010) que se refere ao DEC como uma forma da Esquerda responder ao projecto da AED de Direita; M. J. Rizzo & D. G. Whitman (2020) 15, sublinhando que o Paternalismo Libertário e a AECD costumam estar associados à Esquerda, embora em determinados contextos sejam acusados de seguir valores conservadores e de Direita.

179 R. Jones, *et al.* (2011) 488. No mesmo sentido, R. Jones, *et al.* (2013a); G. Stoker (2014).

rigosa intervenção e até manipulação insidiosa do Estado¹⁸⁰, mesmo se eles pretendem apresentar, nas suas palavras, uma solução que apele a “*conservadores, moderados, liberais, libertários autoidentificados e muitos outros*”¹⁸¹. No final, até se poderá, como alguns¹⁸², acusar os fundadores da AECD de propor um paternalismo *soft*, contraditório com a resposta mais energética que a identificação de irracionalidades pressupõe, por ser realisticamente o denominador político comum mais baixo aceitável hodiernamente, procurando desta forma assegurar consenso político em detrimento de soluções político-regulatórias efectivas.¹⁸³ Ora, idealmente, a investigação científica, teórica ou empírica, deverá ser apolítica e, portanto, sem pendor progressista ou conservador, de Direita ou de Esquerda, procurando apenas uma melhor compreensão da realidade e o seu progresso.¹⁸⁴ Dificilmente, porém, não terão uma leitura (e aplicação) política, seja por questões de reflexividade, seja pelos olhos (e agenda) do intérprete. Em suma, embora se reconheça que até possa haver uma predisposição filosófica e política para uma terceira via que preserve a escolha individual, ela parece surgir na sua génese mais como uma proposta pragmática e de convergência.

No que aqui interessa, embora as duas primeiras razões sejam, em certa medida, discutíveis até por alguma simplificação, e a quarta esteja essencialmente virada para a realidade americana, na verdade a porta de entrada da AED e a preocupação académica de acompanhamento da sua evolução poderão ter efectivamente contribuído, em especial nos países anglo-saxónicos, para agilizar a aceitação da componente comportamental, o que não deixa de ser irónico pela sua forte dogmática neoclássica¹⁸⁵. Uma outra explicação um pouco mais cínica e prática avançada por Wright e Ginsburg¹⁸⁶ poderá ser de considerar: num mundo académico competitivo, em que, nas Escolas de Direito americanas, a AED se instalara com a presença crescente de econo-

180 M. D. White (2010a) 223 e (2013) 127 ss; T. Henderson (2010).

181 R. H. Thaler & C. R. Sunstein (2009) 248: “*conservatives, moderates, liberals, self-identified libertarians, and many others*”. Já C. F. Camerer, *et al.* (2003) apontam, logo no título, apenas aos conservadores.

182 R. Bubb & R. H. Pildes (2014) 1596-1597; R. H. Pildes (2008) 860.

183 Parecendo reconhecer o peso da aceitabilidade política, C. R. Sunstein & L. A. Reisch (2014) 131.

184 O. Lobel & O. Amir (2012) 3.

185 A. Alemanno & A. L. Sibony (2015).

186 J. D. Wright & D. H. Ginsburg (2012) 1084-1085.

mistas, um novo espaço teria de ser encontrado para os juristas sem domínio fino da Ciência Económica. Ora, o DEC oferece, pelo menos a uma primeira formada de juriconsultos, terreno virgem o suficiente para desenvolver obra sem ser ainda necessária uma grande sofisticação e domínio alargado tanto da Economia como da EC e das Ciências Comportamentais, em particular da Psicologia.

Já no universo românico-germânico, mais resistente ao movimento da AED, a explanação não colhe plenamente. De outra forma, não deixa de ser paradoxal que, à primeira vista, a AECD acabe por ser mais bem recebida na Academia da *Civil Law*, não apenas pela menor penetração da AED, mas também por um modelo menos pragmático do que o de *Common Law*. Afinal, seria de esperar que um ordenamento que se baseia na Lei e em regras tendencialmente gerais e abstractas fosse menos sensível à atenção ao comportamento individual personalizado e situado. Talvez, por isso mesmo, a sua aceitação menos litigiosa. Ou seja, o contraste é maior e mais eloquente, permitindo aos juristas e práticos do Direito encontrar resposta para o seu descontentamento com meta-normas que esquecem, no mundo real, a diversidade de condutas. Mais do que por o Direito ser mais prático do que a Economia e não atender a uma Teoria da Decisão Racional, o facto de, nos países do sistema romano-germânico, se constatar, no terreno, uma oposição entre comportamentos individuais e normas gerais e falhas do Legislador pode auxiliar no esclarecimento deste fenómeno. Acresce que a carga politizada e ideológica se encontra ausente ou pelo menos aligeirada, pelo que se reduzem as barreiras à difusão e aceitação da abordagem comportamental¹⁸⁷. Em suma, a adopção de uma AECD instrumental não se assume à partida como uma manifestação de posicionamentos político-ideológicos, mais à Direita ou à Esquerda, mas uma simples ferramenta de trabalho, tendencialmente neutra, que pode enriquecer análises e levar a novas indagações e soluções. Acresce que a mesma é menos controversa na Europa, em que, no limite, na perspectiva da União Europeia na sua relação com os Estados-Membros, a questão não se coloca tanto ideologicamente, mas da origem da regulação comportamentalmente informada (da UE ou dos Estados) e do seu potencial mais ou menos

187 Assinalando o pendor mais ideológico da EC e do DEC nos Estados- Unidos na linha de maior intervencionismo, S. M. Bainbridge (2000) 1030.

federalizador¹⁸⁸. Ademais, pese embora a sua advocacia esteja mais próxima da franja liberal de Direita¹⁸⁹, verifica-se uma maior tolerância regional à intervenção pública mais ou menos *light*. No final das contas, para o votante e governante mais à Esquerda subjaz a lógica de que quem aceita o mais (ex. comandos), em abstracto, aceita o menos (ex. *nudges*). Tanto assim é que o *nudging* vem sendo adoptado por governos europeus mais ou menos liberais, o mesmo acontecendo noutros pontos do globo.¹⁹⁰ No final, porém, importa não olvidar que mesmo soluções tecnocráticas e pragmáticas carregam assunções politico-normativas e particulares formas de compreender e pensar o mundo, pelo que serão naturalmente alvo de interpretações e escrutínio diversos pelos *stakeholders*, dos políticos aos académicos, passando pelos cidadãos. Não se retire, contudo, destas linhas o sucesso retumbante do DEC nas Faculdades de Direito europeias de matriz romano-germânica. Afinal, ainda funciona num espírito de pequeno (e “queer”) clube em muitos países, mesmo se com perspectivas de crescimento e evolução quantitativa e qualitativa, o que justificou um manifesto pela sua divulgação e maior exploração¹⁹¹.

Por último, visto que os sistemas de *Common e Civil Law* apresentam diferenças institucionais e culturais, designadamente quanto à relação entre o poder legislativo e judicial e às fontes do Direito, e uma vez que a componente comportamental tem, necessariamente, uma dimensão social e situacional, é expectável que os temas abordados e analisados possam não só ser diferentes como apresentar, sendo os mesmos, resultados diferenciados. Por exemplo, poderá ser provável uma mais aprofundada pesquisa da litigância e do funcionamento dos tribunais nas academias norte-americanas do que europeias. Aquela já tem tradição do estudo subjectivo dos juízes, da dinâmica dos júris e dos seus jurados ou da Psicologia dos testemunhos, precursoras no fundo deste “novo” DEC¹⁹², que nos ocupa nesta obra. Interessante será apu-

188 A. Alemanno & A. L. Sibony (2015); A. Alemanno (2019) 11.

189 T. S. Ulen (2015) nota 9.

190 S. Banerjee & P. John (2022) 14.

191 A.-L. Sibony, *et al.* (2016a).

192 A. Alemanno & A. L. Sibony (2015); C. Engel (2013) 2. J. J. Rachlinski (2000c) 740-741, sugere que a aplicação da Psicologia ao Direito tem tradição no estudo dos tribunais, em especial dos júris (a velha AECD), sendo agora alargada a outros sujeitos pelo que intitula a “*new Law & Psychology*”. Também apontando a tradição da ligação entre Psicologia e Direito, incluindo através da Teoria Prospectiva, à temática judicial e da litigância, D. C. Langevoort

rar, empiricamente, como sugere Tor¹⁹³, se os magistrados americanos, pelas suas funções mais adjudicativas, são mais ou menos susceptíveis às âncoras fixadas quanto às suas decisões (ex. medida de coacção e da pena, valor da indemnização) pelos procuradores e causídicos; e qual a percepção dos litigantes quanto ao papel dos tribunais e do processo.

Destas linhas resulta que de ambos os lados do Atlântico se apresentam razões para um maior ou menor desenvolvimento e consolidação da AECD. Possivelmente, a evolução será em direcções diferentes mas complementares: a Oeste mais virada para a inovação experimental, pesquisa empírica e reforço transdisciplinar, i.e., na componente mais de investigação económico-comportamental, beneficiando de uma cultura académica mais transversal, concorrencial e aberta, preocupando-se, sobretudo com o plano micro-teórico; a Este mais apostada na aplicação teórica ao Direito e na sua transposição no plano político-legislativo, com desenvolvimentos mais sistémicos e uma análise mais comportamental e filosófica.¹⁹⁴

Considerações finais

Face à evolução do DEC no último quarto de século e às suas diferenças internas e geográficas aqui assinaladas, em particular o seu crescimento separado da AED na Europa, fica no ar, em primeiro lugar, a necessidade eventual de rebaptizar a disciplina para uma mais abrangente *Law & Behavioural Science(s)* ou *Behavioural Law* (numa perspectiva mais substantiva e de maior autonomia científica) ou *Análise Comportamental do Direito* (pensada numa óptica mais instrumental¹⁹⁵) ou até de *Bounded Law*, numa alusão a uma racionalidade, motivação e auto-interesse limitados, que enfermiariam o Direito e que, em última análise, o tornariam mais humano e realista.¹⁹⁶ Tal permitiria integrar toda a enorme vitalidade a que se assiste, dentro e fora das

(1998) 1508 ss; J. A. Blumenthal (2002) 7 ss, designadamente recordando os trabalhos de Binet, Munsterberg, Gross e da Escola europeia e fazendo um resumo histórico e crítico de uma Psicologia e Direito muito centrada no testemunho e júris.

193 A. Tor (2015) 19.

194 P. Cserne (2017) §53.

195 A.-L. Sibony & A. Alemanno (2015) 8-9; A.-L. Sibony, *et al.* (2016a) 322.

196 Não deixa de ser curioso que um dos precursores do movimento, Ulen, prefere amiúde usar a terminologia *Behavio(u)ral Law* ou *Law & Behavio(u)ral Science*: T. S. Ulen (2014); R. B. Korobkin & T. S. Ulen (2000).

Universidades e Laboratórios, na interacção entre o Direito e as Ciências Comportamentais, ultrapassando as divisões (por vezes artificiais) de especializações académicas como a AED, a *Behavioural Public Administration* ou a *Behavioural Public Policy*. Mais, permitiria uma designação mais neutra (que evita o desvio pela Economia e pela AED e suas polémicas) e correcta (uma vez que não se trata de uma análise directa das Ciências Comportamentais ao Direito, mas ao comportamento do sujeito jurídico e, pelo menos no caso europeu, a ligação filial à AED parece limitada).¹⁹⁷

Com efeito, a AECD, que tanto surge qualificada como teoria como técnica de análise do Direito, na sua concepção americana originária, pretende juntar as Ciências Comportamentais (em particular, a Psicologia) com a Economia, incluindo a EC, com o Direito, em particular a decisão jurídica, e a AED. Sublinhe-se, porém, que estas relações, em rigor, não são unilaterais. Há influências mútuas e interdisciplinares que, além do mais, são moldadas pelo ambiente em que se inserem. Acresce que o seu dinamismo vem permitindo uma evolução significativa que extravasa os limites tradicionais de uma análise económica aplicada e específica. Assim, de forma progressiva o DEC vem tornando-se um Direito e Ciências Comportamentais ou num Direito Comportamental *tout court* e até mesmo uma *Behavioural Public Policy*, face ao poder subtil generalizado (*pervasive*), enquadrador e de mudança do Direito, mas também da integração de mais Ciências Comportamentais (ou até mesmo da Ciência Comportamental). Ou seja, vem-se paulatinamente estendendo as considerações comportamentais ao Direito fora do enquadramento da análise económica, seja na sua dimensão de importação da EC, seja na sua forma de *Law & Economics*, pois, afinal, a dimensão comportamental ajuda a repensar e refinar a Teoria do Direito. Com efeito, não deixa de ser algo distorcivo ter de passar pela Economia para chegar à dimensão comportamental, tanto mais que ao Direito poderão interessar *insights* diferentes dos relevantes para a Economia¹⁹⁸.

Esta objecção e alargamento para uma *Behavioural Law* são mais evidentes, na Europa, em que a AED tem pouca expressão, até devido a uma cultura e organização universitária diversa, embora nos Estados-

197 A.-L. Sibony & A. Alemanno (2015) 9.

198 Também neste sentido, A. L. Sibony, *et al.* (2016a) 321-322.

-Unidos a busca de nichos de investigação e publicação e a resistência de sectores mais conservadores da *Law & Economics* possam ter incentivado a um *bypass* à AED por vários académicos. Mais, mesmo se até agora venha existindo uma maior preocupação com as reverberações das Ciências Comportamentais, Economia e AED no Direito, face ao desabrochar significativo da AECD começa também a ser a hora de uma avaliação inversa, isto é do impacto do Direito naquelas¹⁹⁹, por exemplo, no instituto de racionalidade, na avaliação de Bem-Estar, nos custos de transacção, na organização e funcionamento da empresa ou no binómio Justiça-Eficiência.

Em suma, o DEC, que nasce de uma mãe “dissidente” e de um pai “coxo”, aparenta estar a deixar para trás os seus supostos progenitores para se assumir como mais do que a soma de ambos.

Destarte, de momento, observa-se uma efervescência produtiva e uma tendencial vitória sobre as oposições iniciais, com o DEC a querer assumir cada vez mais um papel de abordagem *mainstream* interdisciplinar. Contudo, tal não significa, por um lado, que já tenha atingido uma total popularização (até por diferenças geográficas) e, por outro, que se deva avançar sem precauções, com dedução directa deontológica (normativa) de análises ontológicas (descritivas), sobretudo quando se atravessam as fronteiras científicas e disciplinares. Ou seja, não é linear a afirmação standard da *Behavioural Law*, nem se tal significa a sua convergência e submissão ao paradigma tradicional ou se a sua suposta insurgência e conseqüente divergência se impuseram como novo paradigma. De qualquer forma, a discussão sobre o carácter divergente/insurgente ou convergente do DEC com a Economia Neoclássica e com a *Law & Economics* tem importância e polémica suficientes para motivar investigação futura.

Bibliografia

- Abrams, K. & H. Keren (2010). *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, Minnesota Law Review, Vol. 517.
- Afif, Z. [et al.] (2018). *Behavioural Science Around the World: Profiles of 10 Countries*, World Bank.
- Alemanno, A. & A. L. Sibony (eds.) (2015). *Nudge and the Law – A European Perspective*, Hart Publishing.

199 Neste sentido e procurando começar a dar resposta ao desafio, P. Cserne (2017) e (2015).

INTRODUÇÃO

- Alemanno, A. (2019). *Nudge and the European Union*, in H. Straßheim & S. Beck (eds.) *Handbook of Behavioural Change and Public Policy*, Elgar.
- Altman, M. (2008). *Behavioral Economics, Economic Theory and Public Policy*, University of Dundee.
- Ambrosino, A. (2015). *Heterogeneity and law: toward a cognitive legal theory*, *Journal of Institutional Economics* – open access in AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino.
- Angner, E. & G. Loewenstein (2006). *Behavioral Economics: Methods: Theory. Simple models of psychological phenomena*. <https://www.cmu.edu/dietrich/sds/docs/loewenstein/BehavioralEconomics.pdf>
- Angner, E. & G. Loewenstein (2012). *Behavioral Economics*, in U. Mäki (ed.) *Handbook of the Philosophy of Science, Volume 13: Philosophy of Economics*, Elsevier, 641-689.
- Arlen, J. (1998). *Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law*, *Vanderbilt Law Review* Vol. 51, 1765-1788; University of Southern California, Law School, Working Paper n. 98-14.
- Ashford, R. (2016). *Introduction to Socio-Economics: An Ethical Foundation for Law-Related Economic Analysis*, *Akron Law Review*: Vol. 49, n. 2.
- Baddeley, M. (2017). *Behavioural Economics: A Very Short Introduction*, Oxford University Press.
- Baddeley, M. (2019). *Behavioural Economics and Finance*, 2nd ed., Routledge.
- Bainbridge, S. M. (2000). *Mandatory Disclosure: A Behavioral Analysis*, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 68.
- Ball, S. & J. Feitsma (2020). *The Boundaries of Behavioural Insights: Observations from Two Ethnographic Studies*, *Evidence & Policy: A Journal of Research, Debate and Practice*, Vol. 16, n. 4, 559-577.
- Banerjee, S. & P. John (2022). *Nudge and Nudging in Public Policy*.
- Becker, G. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press.
- Becker, G. (1981). *Treatise on the Family*, Harvard University Press.
- Berg, N. (2003). *Normative Behavioral Economics*, *Journal of Socio-Economics*, Vol. 32, 411-427.
- Bernstein, A. (2005). *Whatever Happened to Law and Economics?*, *Maryland Law Review*, Vol. 64.
- Bickley, S. J. & B. Torgler (2021). *Behavioural economics, what have we missed? Exploring “classical” behavioural economics roots in AI, cognitive psychology, and complexity theory*, CREMA Working Paper n. 2021-21.
- Blumenthal, J. A. (2002). *Law and Social Science in the Twenty-First Century*, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 12.
- Blumenthal, J. A. (2007). *Emotional Paternalism*, *Florida State University Law Review*, Vol. 35.
- Bouckaert, B. & G. De Geest (eds.) (2000). *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar. <http://encyclo.findlaw.com/>

- Boulding, K. E. (1958-1961). *Contemporary economic research*, in D. P. Ray (ed.) Trends in social science, Philosophical Library.
- Braesemann, F. (2019). *How behavioural economics relates to psychology—some bibliographic evidence*, Journal of Economic Methodology, Vol. 26, n. 2, 133-146.
- Brix, B. (1998). *Bargaining in the Shadow of Love: The enforcement of premarital agreements and how we think about marriage*, William and Mary Law Review, Vol. 40, n. 1.
- Bubb, R. & R. H. Pildes (2014). *How behavioural economics trims its sails and why*, Harvard Law Review, Vol. 127.
- Calabresi, G. (1961). *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, Yale Law Journal, Vol. 70, n. 4.
- Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press.
- Calabresi, G. (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law*, Syracuse University Press.
- Calabresi, G. (2016). *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, New Haven.
- Camerer, C. F. & G. Loewenstein (2004). *Behavioral Economics: Past, Present, Future*, in C. F. Camerer, *et al.* (eds.), Advances in Behavioral Economics, Princeton University Press, 3–51.
- Camerer, C. F. (2005). *Behavioral Economics*, Paper prepared for the World Congress of the Econometric Society, 18–24 Aug.
- Camerer, C. F. [et al.] (2003). *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for ‘Asymmetric Paternalism’*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 151, 1211-1254.
- Camerer, C. F. [et al.] (eds.) (2004). *Advances in Behavioral Economics*, Princeton University Press.
- Cervellati, E. M. (2018). *Behavioral re-evolution: how behavioral economics has evolved and is evolving*, in R. Viale, *et al.* (eds.) The Behavioural Finance Revolution, Edward Elgar.
- Ciriolo, E. [et al.] (2019). *The application of behavioural insights to policy in Europe*, in H. Straßheim & S. Beck (eds.) Handbook of Behavioural Change and Public Policy, Elgar.
- Coffee Jr, J. C. (1981). *“No Soul to Damn: No Body to Kick”: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, Michigan Law Review, Vol. 79, n. 3.
- Colander, D. (2000). *The Death of Neoclassical Economics*, Journal of the History of Economic Thought, Vol. 22, n. 2, 127–143.
- Colander, D. [et al.] (2004). *The changing face of mainstream economics*, Review of Political Economy, Vol. 16, n. 4, 485-499.
- Cooter, R. & J. Gordley (1991). *Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, International Review of Law and Economics, Vol. 11.
- Cooter, R. & T. S. Ulen (2003). *Law and Economics*, 3rd ed., Addison Wesley Longman.