



**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

RAPHAELA SANT'ANA BATISTA

**A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO SOB O VIÉS PRAGMÁTICO COMO PARÂMETRO DE
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM ESTUDO
SOBRE A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO STF**

Maceió

2014

RAPHAELA SANT'ANA BATISTA

**A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO SOB O VIÉS PRAGMÁTICO COMO PARÂMETRO DE
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UM ESTUDO
SOBRE A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL DO STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL,
como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Adrualdo de Lima Catão

Maceió

2014

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Maria Helena Mendes Lessa

B326p Batista, Raphaela Sant'Ana.

A possibilidade de realização de análise econômica do direito sob o viés Pragmático como parâmetro de efetividade dos direitos fundamentais sociais: um estudo sobre a experiência jurisprudencial do STF / Raphaela Sant'Ana Batista. – Maceió, 2014.

181 f.

Orientador: Adrualdo de Lima Catão.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Maceió, 2014.

Bibliografia: f. 173-181.

1. Direito - Pragmatismo. 2. Análise econômica do direito. 3. Direitos sociais. 4. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU: 342.7



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

RAPHAELA SANT'ANA BATISTA

"A Possibilidade de Realização de Análise Econômica do Direito Sob o viés pragmático como parâmetro de Efetividade Dos Direitos fundamentais Sociais: Um Estudo sobre a Experiência Jurisprudencial do STF"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. ADRIALDO DE LIMA CATÃO

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Krell (UFAL)

Julgamento: aprovada (9,0)

Assinatura: _____

Profª. Drª. Alessandra Marchioni (UFAL)

Julgamento: aprovada (9,0)

Assinatura: _____

Profª. Drª. Lorena Freitas (UFPB)

Julgamento: aprovada (9,0)

Assinatura: _____

Maceió, 06 de junho de 2014.


Sara Regina A. França
Secretaria de Mestrado - FDA/UFAL
SAPE 13407/08

*À minha família, alicerce e sustentáculo sem a qual não
teria meios de subsistir aos percalços da vida.*

*À Julia Batista e Nelita Batista (In Memoriam), pelos
amor incondicional e pelos ensinamentos que levarei
comigo pelo resto da minha existência.*

*Ao meu Tárzis, que preenche os meus dias com seu amor
e devoção.*

AGRADECIMENTOS

O presente estudo, que culminou na dissertação de conclusão de mestrado, somente foi possível graças ao apoio e a compreensão de muitas pessoas, as quais não poderia deixar de agradecer e de lhes prestar a devida homenagem.

Agradeço, primeiramente, ao Professor Orientador Adrualdo de Lima Catão, por ter consolidado um trabalho tão bom junto ao Grupo de Pragmatismo Jurídico da Faculdade de Direito de Alagoas - FDA, da Universidade Federal de Alagoas, e por ter direcionado meus estudos a este tema de pesquisa pelo qual desenvolvi verdadeiro encantamento ao longo do curso de pós-graduação. Agradeço também ao meu orientador pelo suporte e compreensão nos momentos de dificuldade, e por ter direcionado este trabalho nas suas inúmeras modificações até o texto final que hoje se apresenta.

Agradeço aos demais professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL na pessoa do Professor Andreas Joachim Krell, por quem tenho grande admiração por seu comprometimento acadêmico e que tanto auxiliou no desenvolvimento deste trabalho por causa dos estudos direcionados à sua disciplina, a qual tive a oportunidade de cursar.

Com grande ternura, agradeço aos meus colegas de turma, verdadeiros amigos e companheiros de jornada, pelos quais venho nutrindo a mais terna amizade e sem os quais também não teria conseguido. Faço um agradecimento especial, principalmente aos amigos Antônio Alves, Lívia Lemos Falcão, Bruno Sarmiento, Vitor Monteiro, Bruno Leitão, Lorena Vasconcelos, Kleverton Bibiano e Caroline Maria, com os quais compartilhei experiências e aprendi muito.

Agradeço também à nossa querida Sarinha, que durante seu período à frente da Secretaria do Mestrado contribuiu demais com sua eficiência e seu sorriso cativante, sempre disposta a resolver todas as adversidades que surgissem pelo caminho.

Não posso deixar de firmar o meu agradecimento mais do que especial à minha família, em especial meu pai Rubian e minha mãe Fátima pelo apoio, por nunca me deixar esmorecer frente as dificuldades, por não me deixar desistir quando já não tinha forças, por tudo. À minha querida avó Natércia por ser meu esteio. Ao meu irmão, tios e primos por sempre estarem presentes.

Por fim, agradeço ao meu amado marido Tárzis, pelos momentos de privação da minha companhia e por ter lutado junto comigo até chegar a este momento.

RESUMO

Atualmente, percebe-se a existência de movimentos de cunho teórico-ideológico impulsionados por avanços comportamentais percebidos pela economia, que permitem a realização de direitos sociais de acordo com critérios de eficiência econômica, principalmente transportando ao ambiente jurídico a questão dos custos que os direitos sociais à saúde, educação ou moradia impõem ao Estado e reflexamente à sociedade. Uma análise das relações estabelecidas entre o direito e a economia através do movimento de cunho metodológico intitulado Análise Econômica do Direito (AED), suscita uma possível utilização do critério da eficiência para a efetivação dos direitos sociais, pautada em uma análise de custo-benefício no processo de tomada de decisões. Inúmeros estudos tendem a desvelar os contributos que a ciência econômica tem a oferecer ao direito, tendo em vista que a economia é, ordinariamente, método de investigação de comportamentos humanos. Tais condutas humanas são caras à ciência jurídica justamente constituírem seu objeto de regulação. Sendo assim, é possível conjugar o método da *Law and Economics* ou “Análise Econômica do Direito” a outro método de análise que permita um certo abrandamento do rigor tecnicista enveredado pelos elementos essencialmente microeconômicos, que permitam enxergar o direito à luz das consequências que a produção normativa venha a ocasionar, confiando a renovação da ciência jurídica à ideia de que o direito é construído através da experiência. Desta feita, o presente trabalho tem por escopo lançar luzes sobre a utilização do método pragmático, buscando elucidar seus principais conceitos e premissas necessárias à utilização do método enquanto uma lente de observação que permita enxergar, ainda que superficialmente, o processo de tomada de decisões que envolvam e efetividade de direitos sociais. Na sequência, ao traçar alguns delineamentos sobre o método de Análise Econômica do Direito, busca-se uma conjugação deste com o método pragmático sob o prisma da obra de Richard Posner, expoente norte-americano da Análise Econômica que em determinada fase de sua obra se auto-intitula pragmatista. Por oportuno, resta analisar a utilidade e eventual utilização do método de análise econômica pragmática do direito adotando como parâmetro de análise a experiência jurisprudencial brasileira na realização e efetividade dos direitos sociais, situando questões necessárias como o seu posicionamento na ordem constitucional enquanto direitos fundamentais, seu caráter multifuncional e seus limites de operacionalidade, procurando perceber, em tal contexto, se o método em questão, funciona enquanto ferramenta de efetividade aos direitos sociais.

Palavras chaves: Análise Econômica do Direito; Pragmatismo; Direitos Sociais

ABSTRACT

Currently, we see the existence of movements that are theoretically and ideologically driven by perceived behavioral advances in the economy, allowing the implementation of social rights about economic efficiency propositions carrying the matter to the legal environment costs that social rights to health, education or housing require the State and to society reflexively. An analysis of the relations between law and economy through movement and methodological viewpoints entitled Economic Analysis of Law (EAL) suggests a possible use of the criterion of efficiency for the fulfillment of social rights, based on a cost-benefit analysis in the process of decision making. Numerous studies tend to uncover the many contributions that the methodology of economics has to offer to the legal science, given that the economy is ordinarily a method of investigation of human behavior. These conducts are precisely the object of regulation for the legal science. Thus, it is possible to combine the method of Law and Economics or "Economic Analysis of Law" to another method of analysis that allows a certain slowdown in technical rigor delved into essentially microeconomic elements that are applied law, allowing the right to see the light of the consequences that the normative production will lead, trusting the renewal of legal science to the idea that the right is built through experience. The scope of this work is to shed light on the use of the pragmatic method, trying to elucidate its main concepts and assumptions for the use of the method as a lens of observation that allows to see, albeit superficially, the process of making decisions that involves the effectiveness of social rights. To trace some outlines about the method of Economic Analysis of Law, we seek a combination of this view with the pragmatic method from the perspective of the work of Richard Posner, an American exponent of Economic Analysis that at some stage of his work is self-proclaimed pragmatist. In this context, we analyze the usefulness and possible uses of the pragmatic method of economic analysis of law adopting as a parameter the Brazilian judicial experience in implementation and effectiveness of social rights, situating issues such as its positioning as fundamental constitutional rights, its multifunctional nature and limits of operability, seeking to notice, in this context, if the method in question works as a tool for effective social rights.

Key Words: Economic Analysis of Law; Pragmatism; social rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAP. I . O MÉTODO PRAGMÁTICO	14
1.1. A produção do conhecimento como campo propício ao método pragmático	14
1.2. Racionalismo <i>versus</i> Pragmatismo: uma solução a infundáveis problemas metafísicos	18
1.3. O conceito pragmático de verdade.....	23
1.4. E experiência pragmaticamente compreendida.....	32
1.5. Indução, dedução e abdução pragmática.....	37
1.6. O pragmatismo jurídico e a análise de decisões judiciais.....	46
1.6.1. O realismo jurídico e o método pragmático	46
1.6.2. O pragmatismo jurídico no trato das decisões judiciais	52
CAP. II. A ANÁLISE ECONÔMICA PRAGMÁTICA DO DIREITO	57
2.1. A necessária interdisciplinariedade como ambiente de relação entre direito e economia.....	57
2.2. O que é a Análise Econômica do Direito?.....	62
2.3. Características metodológicas da Análise Econômica do Direito: subdivisões e principais postulados.....	67
2.4. O Direito & Economia e o critério fundacional da “maximização da riqueza” de Richard.A.Posner.....	76
2.5. A Análise Econômica Pragmática do Direito: uma simbiose entre os métodos de investigação econômico e pragmático	82
2.6. Limites à interpretação abalizada pela Análise Econômica Pragmática do Direito.....	87

CAP. III. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL	93
3.1. A fundamentalidade dos direitos sociais.....	93
3.2. A eficácia dos direitos fundamentais sociais.....	102
3.2.1.O caráter de multifuncionalidade dos direitos sociais.....	102
3.2.2.A amplitude da função prestacional.....	108
3.2.3. Limites à efetividade e operacionalidade atribuíveis aos direitos fundamentais sociais.....	111
3.3. A questão da efetivação de direitos fundamentais pragmaticamente visualizada: afronta à legitimação democrática?.....	117
3.4. Os direitos fundamentais sociais e a análise econômica do direito: fatores de congruência frente à teoria dos direitos fundamentais.....	126
3.5. A realização dos direitos sociais frente à realidade jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.....	136
3.5.1. Direito à saúde.....	136
3.5.2. Direito à educação.....	148
3.5.3. Direito à moradia.....	151
3.5.4. As decisões envolvendo o chamado “Efeito Multiplicador”.....	153
3.6. A experiência jurisprudencial e a averiguação do método de análise econômica pragmática do direito nas decisões do STF.....	155
CONCLUSÕES.....	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	173

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica tem promovido esforços na adequação de métodos e técnicas de criação e de renovação do direito que propiciem continuamente uma adequação dos institutos jurídicos às relações sociais que o direito se propõe a regular. De certo modo, essa abertura à infusões de outras áreas do conhecimento científico ao direito, e a adoção de premissas afeitas a outras metodologias de análise, se deram em razão da saturação de uma visão subsuntiva que pautava o positivismo jurídico do século XIX, que não comportava mais a complexidade das sociedades contemporâneas ante uma necessidade constante de previsibilidade legislativa que desse conta dessa realidade.

Dessa forma, o direito se mostra aberto a enfrentar a questão da interdisciplinariedade em relação a outros métodos que permitam analisar e compreender o fenômeno jurídico, visto que, como será analisado adiante, o direito não é ciência dotada de presunção nem pretensões omnicomprensivas, pelo contrário, trata-se, antes de tudo, de ramo do conhecimento científico segmentário, que busca a revelação de vários fenômenos dentro de uma mesma cadeia investigativa.

Por isso mesmo, o presente trabalho traz como proposta lançar luzes sobre a influência do método pragmático para a compreensão do direito, ressaltando os postulados afeitos ao pragmatismo clássico, seus principais pressupostos e elementos que permitam uma melhor compreensão acerca do manejo do método. De igual modo, pretende-se colocar o pragmatismo jurídico não como doutrina filosófica a irradiar influencia sobre a ciência jurídica, mas como método de investigação, como uma lente através da qual pode ser enxergado como o direito é efetivamente criado e, a partir do seu processo de criação, o estabelecimento dos conceitos essenciais adotados na prática jurídica.

Nesse aspecto, o pragmatismo enquanto método de pesquisa permite certa relativização das noções de verdade de acordo com determinado tempo, contexto social, aspectos culturais, etc. No mais, suporta metodologicamente ramos do conhecimento insertos dentro do campo das ciências sociais porque seus métodos de correção são mais adequados de acordo com padrões de justificação argumentativa.

Tendo em vista que o método pragmático possui um caráter essencialmente instrumental e voltado às consequências práticas ensejadas pelas normas jurídicas concretas, uma abordagem interessante é a conjugação do método pragmático ao método de Análise Econômica do Direito, segundo o qual, grosso modo, são aplicados princípios e postulados afeitos à microeconomia para avaliar empiricamente a eficiência dos institutos jurídicos, numa tentativa de desmistificação do método quanto a um estigma de transformação do raciocínio jurídico em raciocínio econômico.

A Análise Econômica do Direito, nesse relevo, se mostra como ferramenta de grande utilidade ao direito porque aos critérios metodológicos afeitos à ciência econômica geralmente são atribuídos um grau de exatidão compatível com as ciências exatas e não comumente verificáveis na análise de aspectos metodológicos relacionados às ciências sociais justamente porque a realidade fática com a qual o direito opera é volitiva.

Cumprе ressaltar que enquanto o direito consiste, de modo essencial, numa ciência voltada à regulação do comportamento humano, a economia, a seu turno, demonstra interesse no estudo sobre como o ser humano toma decisões num ambiente de recursos escassos, além das consequências provenientes de tais escolhas¹. Assim é que a associação do direito à economia é, sobretudo, um exercício de interdisciplinaridade, voltado à ampliação do alcance e implementação do direito para além dos limites da norma.

Questionamentos que envolvem a vida cotidiana, assim como as condutas mais comuns do ser humano são o objeto de estudo da ciência econômica. Cada questionamento envolve uma escolha que, por sua vez, é passível de análise pela Economia². Quando se fala em análise econômica de determinado instituto, não se deduz dessa assertiva um objeto específico, mas um método investigativo cujo objeto afim envolva qualquer questão que trate de escolhas humanas. Dessa forma, o método em questão tem por escopo, não só antever os possíveis resultados a serem alcançados no âmbito das decisões judiciais, como, a partir de mecanismos localizados na área econômica, desenvolver comportamentos a serem utilizados pelos aplicadores do direito.

¹ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17.

² *Op Cit* p. 19.

Desse modo, a compreensão que se pretende desenvolver através do presente estudo não é a de uma Análise Econômica do Direito aplicada, utilizando-se já dos pressupostos microeconômicos atentos aos institutos jurídicos como forma de delimitar seus efeitos e progressões. Ao revés, o escopo da pesquisa desenvolvida nesse ambiente pretende lançar olhares sobre uma proposta de análise econômica pragmática como uma forma de observação do fenômeno jurídico em movimento, promovendo uma análise de custos e benefícios como forma de estabelecer um padrão de decisões judiciais mais eficientes.

Para tal intento, caberá o delineamento de algumas premissas e noções metodológicas afeitas ao pragmatismo jurídico, as quais serão investigadas nas principais obras relacionadas ao pragmatismo clássico, buscando extrair noções elementares ligadas ao método como a concepção de um conceito de verdade pragmaticamente interpretado, a elucidação do conceito de experiência e as bases do raciocínio abduutivo ligado ao método em questão, relacionando-o ao trato das decisões judiciais.

Em relação à Análise Econômica do Direito, será de grande valia a análise da evolução da obra de Richard Posner, expoente de consolidação da AED desde a fase em que considera os critérios de *eficiência e maximização da riqueza* enquanto calcanhares éticos do direito e, sobretudo, a partir do período correspondente à década de 1990, quando atinge a fase amadurecida de sua obra, na qual se autodenomina um pragmatista moderado³, compreendendo principalmente os contributos do pragmatismo jurídico aos preceitos econômicos aplicados à ciência jurídica.

Nessa segunda fase mais difundida e menos criticada da Análise Econômica do Direito de Posner, cumpre analisar o que significa o critério de maximização da riqueza pragmaticamente interpretado, acentuando o que esse método de análise de custos e benefícios proposto na análise econômica pode servir à ciência jurídica.

Uma vez que o Direito & Economia é método de investigação de condutas humanas, as quais, por sua vez, são objeto de regulação pelo direito, resta investigar a contribuição oferecida pelo pragmatismo jurídico enquanto método de análise de comportamentos submetidos a constante experimentação através da experiência, a fim de testar a adequabilidade dos institutos jurídicos insculpidos nas decisões judiciais.

³ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 475.

Questionamento que se faz pertinente é se o argumento econômico serve para substituir a interpretação tradicional ou até mesmo suplantar uma solução legislativa já positivada sob a justificativa de que é economicamente viável ou de maior utilidade. Nessa senda, imperioso analisar, quais são os limites à utilização do critério de “maximização da riqueza” (pragmaticamente interpretada) na conformação dos casos concretos e do processo criativo que envolve as decisões judiciais, vale dizer, os limites da utilização do argumento econômico no espaço propiciado à criatividade judicial.

Uma vez estabelecidas as devidas noções acerca do que vem a ser a Análise Econômica Pragmática do Direito, na vertente encabeçada por Posner – razão pela qual prefere-se adotar a referida nomenclatura para atender aos fins pretendidos no presente trabalho – cumpre analisar em que medida tal viés metodológico é útil enquanto ferramental de efetivação de direitos fundamentais sociais.

Para tanto, inicialmente cumpre analisar algumas questões incidentes quanto à questão da eficácia e efetividade dos direitos sociais, mormente quanto ao reconhecimento de seu caráter de verdadeiros direitos fundamentais. Tal concepção, uma vez aceita pelos Tribunais, implica numa superação da tradicional subdivisão dos direitos fundamentais em graus de eficácia, assim como a limitação da realização dos direitos sociais em razão da comum atribuição de seu caráter de programaticidade a espera do empenho legislativo.

Em que pese o caráter de fundamentalidade dos direitos sociais amplamente considerado pela doutrina, ainda persistem em caráter ebulitivo questões voltadas diretamente à operacionalidade dos direitos fundamentais sociais que incidem na questão de sua efetividade.

As principais dificuldades de operacionalização dos direitos sociais se referem e são justificadas, de modo geral, a uma ampla possibilidade de conformação dos direitos sociais no curso do processo de concretização da norma jurídica em função de sua densidade normativa, cingindo a problemática a uma questão hermenêutica.

Comente, a problemática de efetividade dos direitos sociais também está relacionada a forma de encarar tais direitos como direitos subjetivos, passíveis de sindicabilidade perante o Judiciário. Conforme analisado, demonstrada a categorização dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, e dada a sua positivação no

ordenamento constitucional, qualquer discussão a respeito de uma concepção que não corrobore com a apresentada, se mostra inadequada, com o devido respeito a minoria doutrinária que oferece resistência a essa vertente.

Compreendida a questão da eficácia dos direitos sociais, cumpre contextualizar as questões de operacionalidade dos direitos fundamentais sociais de acordo com a experiência jurisprudencial brasileira, utilizando como parâmetro de análise as decisões do Supremo Tribunal Federal. A escolha deste Sodalício se deu em função de que a observação do fenômeno jurídico e do processo de construção do direito é possível através dos conflitos limítrofes, dos chamados *hard cases* que são colocados sob o julgamento daquela Corte Constitucional.

cumpre analisar, através dos fundamentos firmados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, como a Corte visualiza a questão a efetividade dos direitos fundamentais sociais, tentando extrair de tal análise, os elementos de convicção dos ministros enquanto matéria de construção do direito, de modo a evidenciar o papel do Judiciário frente à questão da efetivação dos direitos sociais.

Deste modo, caberá analisar, por oportuno, se das decisões do STF em matéria de direitos sociais podem ser extraídos elementos de convencimento que denunciem uma visão consequencialista daquela Corte, de modo que os prováveis efeitos decorrentes da decisão sejam traduzidos em sua *ratio decidendi* e demonstrem uma preocupação com as consequências que as decisões judiciais venham a desencadear no meio social. No mais, cabe ainda verificar se tais elementos de cunho consequencialista denotam constituem uma hipótese provisória colocada em prática por meio da experiência jurisprudencial, em evidente similitude à inferência abdutiva afeita ao método pragmático.

O objetivo da pesquisa não é, senão, assinalar uma possível utilização do método de análise econômica pragmática nas decisões do STF que envolvam a realização de direitos fundamentais sociais, e uma vez analisada a presença do método nas razões dos julgados analisados, pretende-se averiguar a funcionalidade do mesmo quanto à realização de direitos sociais pela via judicial.

Desse modo, foge ao propósito do presente trabalho uma análise quantitativa dos julgados do STF, mas pretende-se, através de uma análise qualitativa, sobretudo, levantar os

argumentos carreados aos autos pelos Ministros enquanto *ratio decidendi*, analisando se seu conteúdo caracteriza algum parâmetro de análise consequencialista em prol da aferição de custos e benefícios ou se os argumentos em torno da “reserva do possível” ou do custo dos direitos, por exemplo, são levantados apenas como justificacão de uma posicão de tende a evitar uma postura contra-majoritária.

CAPÍTULO I – O MÉTODO PRAGMÁTICO

1.1. A produção do conhecimento como campo propício ao método pragmático

No campo da filosofia ainda ascende, desde o período da antiguidade clássica, o debate acerca das possibilidades de aproximação do conhecimento à realidade, como uma forma de alcance de uma verdade pré-existente, o que tem sido, desde então, objeto de disputas envoltas nas mais diferentes áreas do conhecimento.

A concepção jusnaturalista começa a perder espaço a partir dos escritos de Kant, o qual propunha uma total separação entre o direito e moral. Seguindo a tradição Kantiana, e numa tentativa de manter seu *status* de conhecimento autônomo, os juspositivistas entenderam ser necessário desenvolver uma independência metodológica e estabelecer objeto próprio⁴.

Nesse ponto, Kant propugna que o jurista deve se afastar das questões morais e da realidade fática e se preocupar com a norma escrita que representa a vontade geral⁵. Assim, não obstante se considere ter havido uma cisão entre ciência e epistemologia, como se essas fossem estanques, modernamente, o pensamento kantiano consubstanciado na “Crítica da Razão Pura” propiciou, ao argumentar sobre a natureza do conhecimento, que este não pressupõe um conhecimento científico destituído de uma motivação pessoal do observador, devendo existir uma conexão entre sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, sem a qual o conhecimento seria um processo impossível⁶.

A razão pura kantiana trata do conhecimento essencial de fenômenos e das condições em que o conhecimento se torna possível. Mas, no campo do direito, mais importante do que

⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues (Trad.). São Paulo: Ed. Ícone, 1995, p. 40-44.

⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2ª Ed. Edson Bini (Trad.). Clássicos Edipro. São Paulo: Editora Edipro, 2008, p. 53.

⁶ REGO, George Browne. **Reflexos políticos e jurídicos da falseabilidade de Karl Popper e do falibilismo de Charles Sanders Peirce no método do Direito**. Revista *Due In Altum* – Caderno de Direito, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

a razão pura é a *razão prática*, o que incidem no problema de uma determinação racional da justiça e de que maneira é possível conhecer o que é justo⁷.

A epistemologia kantiana, por sua vez, representou um grande passo para uma superação da dicotomia entre racionalismo e empirismo, introduzindo a questão da experiência como sendo possível de ser trabalhada metodologicamente. Desse modo, John Dewey, um dos *fathers* do pragmatismo americano, considera a obra kantiana como “the turning point”, a transição do velho pensamento abstratamente considerado, para o novo pensamento concreto calcado na experiência, o que sem dúvida contribuiu sobremaneira para que o método pragmático fosse concebido posteriormente⁸.

Dentro desse contexto de bifurcamento entre o conhecimento científico abstrato racionalmente concebido, e uma realidade baseada numa vivência e reconstrução constante, está o processo de formação do conhecimento jurídico, que como tal, por estar situado no campo das ciências humanas sociais, não prescinde dos fatos, que uma vez situados em determinada faixa de tempo e espaço, são transformados em realidade.

Nesse ambiente, o conhecimento jurídico, assim como qualquer outra ramificação insere na grande área do conhecimento científico, tem como finalidade precípua buscar uma crença que nos remete a uma qualificação de determinado objeto, uma assertiva ou desígnio que venham a ser confirmados como sendo uma verdade. Entretanto, distintamente dos ramos do conhecimento localizados no campo das ciências exatas, o conhecimento jurídico é volátil e permanentemente reconstruível na medida em que anseia por uma conexão indissolúvel com os fatos que disciplina, fixando seu campo de realidade em determinado contexto.

Existem alguns fatos indiscutíveis nas ciências exatas, comprovados através de metodologia apropriada e que, para tal intento, podem ser considerados verdades intangíveis. Entretanto, para as ciências sociais e mais especificamente para o direito, os fatos, para serem considerados tão relevantes a ponto de se tornarem verdades, precisam ser fixados em determinado contexto histórico, geográfico e social, de acordo com as circunstâncias estabelecidas normativamente, sob pena de perder seu caráter de jurisdição.

⁷ MASCARO, Leandro Alysson. **Filosofia do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 215-218.

⁸ DEWEY, John. **Kant and Philosophic Method**. Journal of Speculative Philosophy, XVIII, April, 1884 *apud* REGO, George Browne. *Op. Cit.*

É nesse sentido que o *fato* é um enunciado que possui um elemento linguístico delimitado no tempo e no espaço, sendo capaz de organizar uma situação factual como realidade. Os fatos jurídicos, por sua vez, são dotados de elementos lógicos-jurídicos e, ao serem provados, ou seja, delimitados circunstancialmente de acordo com essa realidade, adotam essa natureza, caso contrário, são meros eventos que não integram o mundo jurídico⁹.

A esse respeito, o conceito de verdade no direito passa a ser contingencial, visto que a ciência jurídica não é desvinculada de seus pressupostos sociais. A construção de um objeto de pesquisa no direito não pode estar fincada num conteúdo absoluto, imutável, por isso a pesquisa em direito está necessariamente envolvida em problemas de ordem metodológica.

Não obstante, a ciência jurídica ainda tem que enfrentar a questão da interdisciplinariedade, visto que não é e nem pode ser uma ciência auto-sustentável, e nem se restringe às questões normativas-estruturais e deontológicas. Cada vez mais se mostra necessária a infusão de conhecimento proveniente de outras áreas para que se promovam tentativas de alcançar padrões de decisões judiciais mais efetivas, principalmente quando se trata da realização de direitos fundamentais.

Por isso mesmo, uma boa proposta metodológica aplicável às ciências sociais, mormente à ciência jurídica é o pragmatismo. Nesse aspecto, o pragmatismo enquanto método de pesquisa permite certa relativização das noções de verdade de acordo com determinado tempo, contexto social, aspectos culturais, etc. No mais, suporta metodologicamente ramos do conhecimento insertos dentro do campo das ciências sociais porque seus métodos de correção são mais adequados para tanto.

Entretanto, a distinção entre a filosofia pragmática e o pragmatismo enquanto ferramenta metodológica não é das tarefas mais fáceis, embora seja de grande valia. Vale ressaltar que o pragmatismo não surgiu com pretensões de se tornar uma doutrina filosófica nem seus grandes expoentes tinham o intuito de transformá-lo numa corrente teórica abrangente. Simplesmente foi sendo construída no curso de discussões calorosas do chamado

⁹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 253.

“Clube Metafísico”¹⁰ sobre de problemas metafísicos considerados já à época fora de moda, pois desprestigiavam o caráter realista que a experiência proporcionava.

Destarte, muito embora o pragmatismo seja reconhecido equivocada e prematuramente como uma doutrina filosófica e como um método surgidos e edificados nos Estados Unidos, seus principais nomes apontam a adoção do método pragmático desde a filosofia clássica, sendo Protágoras o primeiro filósofo pragmatista de que se tem notícia¹¹. Tanto não há nada de novo no método pragmático que Sócrates e Aristóteles foram seus adeptos, assim como modernamente o foram Locke, Berkeley e Hume, que fizeram importantes contribuições ao conceito de verdade por seu intermédio¹².

Mesmo assim, o pragmatismo ganhou amplo espaço de desenvolvimento no seio da cultura americana, voltada ao dinamismo e à experiência como fatores de construção ideológica nas mais diversas áreas. O caráter prático característico da cultura norte-americana permitia um quadro de auto-governo, que se desvencilha de discussões metafísicas sobre “a essência das coisas”, propiciaram um bom terreno para o desenvolvimento de uma postura pragmática¹³.

Justamente pelo seu crescimento no ambiente cultural norte-americano, o pragmatismo é alvo de críticas no sentido de que é reflexo de uma cultura voltada a extrair de todas as relações um “valor de caixa”, a buscar essencialmente os efeitos práticos em tudo, sendo sem sentido o que não gera um benefício material. Assim, o pragmatismo seria mero fruto ideológico da economia capitalista americana e sua apologia¹⁴, desconsiderando utilitariamente qualquer valor moral, o que será apropriadamente discutido mais adiante.

No direito, o sistema do *Common Law* a regimentar o ordenamento e a adoção do precedente vinculante enquanto fonte de construção do direito levou a questionar a adaptabilidade do método pragmático aos sistemas de origem romano-germânica pautados

¹⁰ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 17

¹¹ *Op. Cit.* p. 18

¹² JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 46.

¹³ HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 82

¹⁴ *Op. Cit.* p. 20

pela *Civil Law*, como é o caso brasileiro. Entretanto, a adoção das premissas do método, justamente por estarem voltados a uma constante evolução e ajuste dos institutos jurídicos ao contexto social em que estão sendo aplicados, permitem a aplicação do método pragmático a sistemas pautados por uma atividade legislativa realmente incisiva.

Dessa maneira, o pragmatismo é conhecido por ser um método de análise cujas expressões-chave repercutem nas ideias de *experiência* e *falibilidade*. Também é característica atribuída ao método pragmático extrair a *verdade* do direito tal qual ela é produzida nos “caldeirões dos tribunais”¹⁵, ou seja, o que interessa ao método pragmático é desvelar o conteúdo dos institutos jurídicos como são construídos concretamente através das decisões judiciais.

Como a filosofia é responsável por trazer à tona os conceitos elementares utilizados pelo direito, é preciso saber como os conceitos adeptos à filosofia pragmática podem ser filosoficamente compreendidos para saber como podem ser juridicamente construídos. Sendo assim, para tornar possível um trabalho eficaz utilizando o método pragmático, necessário se faz uma compreensão perscrutada de seus principais elementos, de modo a elucidar do que se trata, mas principalmente, do que não se trata o método pragmático antes de aplicá-lo.

1.2. Racionalismo *versus* Pragmatismo: uma solução a infundáveis problemas metafísicos.

Como dito em linhas anteriores, o pragmatismo não nasceu com grandes aspirações a uma doutrina filosófica. Os integrantes do Clube Metafísico não tinham uma consciência

¹⁵ CARDOZO, Benjamin Natan. **A natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 02.

filosófica¹⁶, apenas discutiam problemas e se opunham a “intermináveis disputas metafísicas” que não levariam a lugar algum¹⁷.

Assim, o pragmatismo surgiu inicialmente como um método de elucidação da significação de conceitos, principalmente filosóficos e científicos. O discurso que inaugura o método e que traz ínsita a máxima pragmática está no artigo intitulado “Como tornar nossas ideias claras” - *How to Make Our Ideas Clear* -, de Charles Sanders Peirce, publicado em janeiro de 1878 no *Popular Science Monthly*¹⁸. Em síntese, Peirce introduziu a necessidade da noção de *clareza* ao discurso, afirmando que nossas crenças são regras de ação e que, para desenvolver o significado de um pensamento, precisamos determinar essencialmente o que ele está apto a produzir e que para nós é o seu único significado¹⁹.

Assim sendo, Peirce desenvolveu um método para determinar o significado dos conceitos, método este que ele sumarizou na forma da *máxima pragmática*: o significado do conceito de um objeto não é senão a soma de todos os efeitos práticos que esse objeto pode vir a ensejar. Como não é possível inventariar todos esses possíveis efeitos, visto que estão a depender do observador e das condições contingenciais de tempo e espaço, o significado do conceito desse objeto estará em permanente construção e renovação.

A máxima pragmática pode ser perfeitamente enxergada em passagem pela obra de Peirce adiante transcrita:

Apenas desejo salientar como é impossível que tenhamos uma ideia nas nossas mentes que não se relacione com os concebíveis efeitos efeitos sensíveis das coisas. A nossa ideia de qualquer coisa é a nossa ideia dos seus efeitos sensíveis, e se supusermos que temos uma outra é enganarmos a nós mesmos, e confundirmos uma sensação que acompanha o pensamento como uma parte do próprio pensamento. É absurdo dizer que o pensamento tem um

¹⁶ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 17.

¹⁷ JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 44.

¹⁸ *Op. Cit.* p. 45.

¹⁹ PEIRCE, Charles, Sanders. **How to make our ideias clear**. In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Dover Publications, 1980, p. 26-27.

significado não relacionado com a sua única função. (...) Parece, pois, que a regra para atingir o terceiro grau da clareza de apreensão é a seguinte: considera quais os efeitos que podem ter certos comportamentos práticos, que concebemos que o objeto da nossa concepção tem. A nossa concepção dos seus efeitos constitui o conjunto na nossa concepção do objeto²⁰.

Com efeito, o pragmatismo tinha como objetivo inicial e desprezioso a determinação do significado das palavras, mostrando que os numerosos termos filosóficos empregados não tinham significado e que por isso certos problemas filosóficos centrais eram causados por ausência de clareza terminológica. Assim sendo, “aquilo a que frequentemente se refere como a teoria pragmatista da verdade resulta, então, da aplicação do critério pragmático de significação ao conceito de verdade”²¹.

Eis que o pragmatismo surge comumente como uma oposição ao pensamento racionalista, ao passo em que equivocadamente isto leva a considerá-lo um método irracional, muito embora de irracional, no sentido de ilogicidade e incoerência, o pragmatismo não tenha nada.

Mais adequado, portanto, seria opor o pragmatismo ao pensamento racionalista, face aos problemas de ordem metafísica que geraram as discussões iniciais que deram origem ao método, como anteriormente apontado. O pensamento racionalista é infiltrado por uma concepção da existência de uma verdade a ser alcançada e contemplada através da abstração e não da construção através da experiência como é caro ao pragmatismo.

Ao revés, o pragmatismo mostra-se não-racionalista na medida em que

²⁰ “I only desire to point out how impossible it is that we should have an idea in our minds wich relates to anything but conceived sensible effects of things. Our ideia of anything is our ideia of sensible effects; and if we fancy that we have any other we deceive ourselves, and mistake a mere sensation accompanying the thought for a part of the thought itself. It is an absurd to say that thought has any meaning unrelated to its only function. (...) It appears, then, that the rule for attaining the third grade of clearness of apprehension is as follows: consider what effects, which might conceivably have practical bearings, we conceive the objectt of our conception to have. Then, our conception of these effects is the hole of our conception of the object”. PEIRCE, Charles, Sanders. **How to make our ideias clear.** In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Dover Publications, 1980, p. 26-27.

²¹ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo.** Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 23.

volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do temperamento empírico e o descrédito sem reбуços do temperamento racionalista²².

Nesse mesmo sentido, a oposição crítica feita ao racionalismo se dá sob a concepção de que o conhecimento não é erguido sob a égide de uma verdade absoluta a ser descoberta. Nesse aspecto, o pensamento racionalista é distintivo do método pragmático por ser a dúvida universal e constante e a ausência de confiabilidade nos sentidos os elementos de instigação e pontos de partidas que levam ao conhecimento.

Nessa linha, René Descartes, frequentemente considerado o pai da filosofia moderna, desenvolveu seu método racional procurando obter uma fundamentação segura para a razão independentemente da tradição, do costume e da imprecisão da experiência. A nova base era a razão, que designaria o ponto fundamental da teoria cartesiana, irreduzível depois de se duvidar de todas as outras coisas: “Penso, logo existo” - *o Cogito*²³.

Desse modo, o ceticismo cartesiano era intransigente. Quando a única certeza era a da minha existência tudo o mais poderia ser colocado em dúvida. A dúvida, no método cartesiano era a “irritação” que levava ao conhecimento e à procura da verdade, e até que esta fosse encontrada, tal busca não cessava, sendo constantemente levada ao ponto de origem. Segundo Descartes, “...quando duvidamos de tudo o que nos cerca mergulhamos em uma viagem introspectiva em busca daquilo de cuja existência não se pode duvidar, o ponto absoluto arquimediano, a fonte da certeza, e em última instância chegamos à base de nossa própria consciência”²⁴.

²² JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto Integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 47.

²³ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 95.

²⁴ *Op. Cit.* p. 96

James argumenta que em desfavor do pragmatismo um racionalista geralmente oporia que a verdade não é feita, prevalece absolutamente sendo uma relação única e transcendente, independentemente de qualquer processo de verificação. Em resumo, James insiste que

O ponto mais fatal de diferença entre ser um racionalista e ser um pragmatista acha-se agora inteiramente à vista. A experiência está na mutação, nossas certezas psicológicas da verdade acham-se em mutação – assim, muito racionalismo permitirá; nunca, porém, que a realidade em si ou a verdade em si seja mutável. A realidade mostra-se completa e pronta desde toda a eternidade, insiste o racionalismo, e a concordância de nossas ideias com ela é a única virtude não analisável nas mesmas da qual o racionalismo já nos disse algo. Como aquela excelência intrínseca, sua verdade não tem nada a ver com nossa experiência. Não acrescenta coisa alguma ao conteúdo da experiência. Não faz diferença para a realidade em si; é superveniente, inerte, estática, meramente uma reflexão. Não existe, retém ou obtém, pertence a outra dimensão, de fatos ou de relações de fatos, pertence, em suma, à dimensão epistemológica – e com essa palavra rebarbativa o racionalismo encerra a discussão. Desse modo, como o pragmatismo encara o futuro, o racionalismo aqui de novo olha para trás, para uma eternidade passada. Fiel ao seu hábito inveterado, o racionalismo reverte aos “princípios”, e pensa que, uma vez uma abstração sendo denominada, admitimos uma solução oracular²⁵.

Nesse esteio, temos que o ponto distintivo entre os dois métodos ou perspectivas, que culminou no avanço do método pragmático, foi justamente a concepção da existência de uma verdade tangível, moldável por fatores circunstanciais, a depender de determinado contexto social, por exemplo.

O ponto central dessa tensão e da crítica de um método sobre o outro certamente se dá pelo fato de que o pragmatismo “se vê mal longe dos fatos e pouco à vontade na presença de abstrações”²⁶. Assim como em qualquer ciência que parte de hipóteses a fim de traçar seus

²⁵ JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 124-125.

²⁶ *Op. Cit.* p. 54.

principais objetivos de pesquisa, o direito parte da interpretação de fatos, o que em algum nível precisa ter um ponto de partida a fim de construir o que vem a chamar de verdade.

1.3. O conceito pragmático da verdade

Ao contrário do método cartesiano, que elabora a dúvida como o tema central de todo e qualquer questionamento de natureza epistemológica, o pragmatismo apregoa a existência de algumas crenças, vale dizer, devem existir alguns pontos de partida, verdades ínsitas ao homem, sobre as quais o conhecimento é edificado.

Nessa linha, assim como em qualquer pesquisa científica, James chamará de *hipótese* tudo o que parte do objeto de nossa crença²⁷. A grande diferença entre o pensamento pragmático e o escolástico ou racional, nesse caso, é que a hipótese constitui uma verdade sobre a qual, na origem, se constituirão outras mais. Como James bem enfatiza

A grande diferença entre nós e o escolástico está no lado para o qual nos voltamos. A força do seu sistema está nos princípios, na origem, no *terminus a quo* do seu pensamento; para nós a força está no seu resultado, no desfecho, no *terminus ad quem*. O decisivo não é de onde vem, mas onde conduz. Não importa a um empirista qual a procedência de uma hipótese que se lhe depara: pode tê-la obtido por meios justos ou ilícitos; pode ter-lhe sido sussurrada pela paixão ou sugerida pelo acaso; mas se a direção total do pensamento continuar a confirmá-lo, é isso o que significa dizer a verdade²⁸.

²⁷ JAMES, William. **A vontade de Acreditar**. Palestra apresentada aos Clubes Filosóficos das Universidades de Yale e Brown. Publicada em *New World*, em junho de 1896. Disponível em: <http://dmurcho.com/docs/vontadedeacreditar.pdf>. Acesso em: 20/06/2013.

²⁸ *Op. Cit.*

Dessa forma, partindo-se da hipótese, a forma mais fácil e natural de aquisição de conhecimento se dá de forma aditiva, pela simples adição numérica de novos fatos à nossa experiência, sem no entanto, alterar nossas velhas crenças. Os novos conteúdos vão surgindo e a verdade vai sendo construída de acordo com o que dizemos a respeito deles²⁹. Entretanto, uma ideia nova pode surgir de modo a satisfazer ao desejo do indivíduo, no sentido de acessar alguma novidade não presente em sua experiência, forçando-o a romper com a verdade antiga. Nesse caso, a nova ideia é enxertada no campo experimental do indivíduo, agregando uma espécie de nova “camada” de conhecimento. Nessa linha, James elucida que

A novidade se infiltra; tinge a massa mais antiga; mais é também tingida pelo que absorve. Nosso passado percebe e coopera; e no novo equilíbrio em que termina cada passo dado adiante no processo de aprendizagem, acontece relativamente raro que o novo fato seja acrescentado como que cru. As mais das vezes deposita-se cozinhando, como se poderia dizer, ou guizado no molho dos fatos antigos. Novas verdades, assim, resultam de novas experiências e de velhas verdades combinadas entre si. E visto que esse é o caso nas mudanças de opinião que ocorrem hoje em dia, não há razão para supor que que não tenha sido assim em todas as épocas.

Em Peirce, a existência de uma crença preexistente enquanto verdade está ligada à lógica e ao raciocínio, o que, na opinião do autor, estão imbricadas. Para Peirce, a lógica impescinde dos fatos a que se conecta, assim como “o objeto do raciocínio é descobrir, a partir da consideração daquilo que já sabemos algo que desconhecemos”³⁰.

Quando o autor considera que “é certo que aquilo em que o leitor não se pode impedir de acreditar hoje poderá amanhã ser inteiramente desacreditado pelo próprio leitor”³¹, é certo que, muito embora considere que existam coisas indubitáveis pelo homem, as crenças que

²⁹ JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 52

³⁰ PEIRCE, Charles Sanders. **The believe fixation**. In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Nova Iorque: Dover Publications, 1980, p. 04.

³¹ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 288-289.

eventualmente venha a ter podem ser substituídas por novas crenças através da experiência, o que remete à questão da *falibilidade*: nossas concepções e idealizações devem ser constantemente submetidas ao teste da experiência, de modo a considerar todas as consequências práticas possíveis delas advindas. O homem não domina todo o conhecimento porque ele é contingencial, está em processo de renovação, e o alcance do conhecimento sobre determinada questão é o ponto de partida para o conhecimento de uma próxima.

A questão do falibilismo pode ser bem visualizada na obra de Karl Popper, a qual propõe que se quisermos avançar em direção à verdade do conhecimento, não devemos tentar demonstrar que o mundo se comporta conforme nossas idéias, mas que nossas idéias somente se referem ao mundo quando são falsificáveis. Assim sendo, critério de cientificidade proposto por Popper inclui, numa perspectiva científica, um conjunto de proposições que são sujeitas ao erro e por isso falsificáveis, estando abertas ao questionamento científico e sofrendo o risco de denúncia por sua eventual falsidade³².

Desse modo, Popper elucida o conceito de falibilismo ao propor que

Por falibilismo entendo a ideia ou a aceitação do fato de que nós podemos cometer erros, e que a busca de certeza (e até mesmo encontrar uma alta probabilidade) é uma busca equivocada. Mas isso não significa que a busca da verdade é um erro. Em vez disso, a ideia do verdadeiro erro envolve um padrão que não pode ser alcançado. Isso implica que, enquanto buscamos a verdade, e podemos até encontrar (como eu acho que o fazemos em muitos casos), nunca podemos ter a certeza de encontrá-lo. Há sempre o erro, embora no caso de algumas provas lógicas e matemáticas essa possibilidade pode ser considerada pequena. Mas falibilismo não é necessariamente conduzir a conclusões céticas ou relativistas. Isto é evidente se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana - incluindo todos os exemplos conhecidos de erros na justiça, são exemplos do progresso do nosso conhecimento. Cada descoberta de um erro é um avanço real em nosso conhecimento [...] Portanto, podemos aprender com nossos erros. Este ponto de vista fundamental é, de fato, a base de toda a epistemologia e metodologia³³.

³² SCHORN, Remi e FALKENBACH, Elza Maria Fonseca. **Falibilismo: Crítica e coerência linguística**. Thaumazein, Ano III, número 05. Santa Maria: 2010, p. 32-46. Disponível em: sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/numero_05/falibilismo_03.pdf. Acesso em: 28/01/2014.

³³ "For fallibilism, we understand the idea or acceptance of the fact that we can make mistakes, and that the quest for certainty (and even finding a high probability) is a misguided quest. But this does not mean that the search for truth is a mistake. Rather, the idea of the true error involves as the pattern that can not be reached. It implies that while we seek the truth, and we can even find (as I think we do in many cases), we can never be quite sure of finding it. There's always the error, although in the case of some logical and mathematical proofs that possibility can be considered small. But fallibilism is not at all necessarily lead to skeptical or relativist

Na passagem acima transcrita, Popper consegue demonstrar como o conhecimento é construído com base numa verdade que está constantemente submetida ao erro, visto que não existe uma certeza absoluta alcançável. Desse modo, o progresso do conhecimento está sedimentado na possibilidade de nossos conceitos e verdades serem submetidos a constantes testes e, portanto, modificados de acordo com tal possibilidade.

Quanto ao conceito de “crença”, este é clarificado em passagem da obra de Peirce quando o autor questiona:

E o que é, então, uma crença? É a semi-cadência que fecha uma frase musical na sinfonia de nossa vida intelectual. Já vimos que tem precisamente três propriedades: primeiro, é algo de que nos damos conta; segundo, sossega a irritação do nosso pensamento; e, terceiro implica a determinação na nossa natureza de uma regra de ação, ou numa palavra, de um hábito. Quando sossega a irritação da dúvida, que é o motivo do pensamento, o pensamento acalma-se, e descansa no momento em que chega à crença. Mas, visto que a crença é uma regra de ação, cuja aplicação implica posterior dúvida e posterior pensamento, ao mesmo tempo em que é lugar de paragem é também lugar de recomeço para o pensamento. O resultado final do pensar é o exercício da volição. [...] A essência da crença é a criação de um hábito; e diferentes crenças distinguem-se pelos diferentes modos de ação a que dão origem³⁴.

Em Peirce, a crença consiste é uma regra de ação, um ponto de partida³⁵, que por sua vez consubstanciará um padrão de ações que, sob certas condições apropriadas, será repetido

conclusions. This is evident if we consider that all known historical examples of human fallibility - including all known examples of mistakes in justice - are examples of the progress of our knowledge. Each discovery of a mistake is a real advance in our knowledge. [...] So can we learn from our mistakes. This fundamental view is, in fact, the basis of all epistemology and methodology...”. POPPER, Karl. **Facts, Standards, and Truth: A Further Criticism of Relativism**. In: *The Open Society and Its Enemies*, Routledge, London: Addenda, 1977, p. 375-376.

³⁴*Op. Cit.* p. 09-10.

³⁵ PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideias clear**. In Charles Sanders Peirce: *Selected Writings*. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Dover Publications, 1980, p.16; JAMES, William.

indefinidamente no futuro³⁶. A “irritação” causada pela dúvida é satisfeita no momento em que o conhecimento começa a se formar através de um estágio de ação. A partir desse momento, a crença enquanto ação terá por finalidade o estabelecimento de um hábito e diferentes crenças formarão diferentes hábitos, daí o caráter de ação e renovação relacionado ao pensamento pragmático.

Diferentemente do pensamento cartesiano, voltado à existência de uma dúvida universal, pautada no fato de que o conhecimento científico é crítico e “desconfiado”, a crença peirceana é elaborada com base numa *dúvida genuína*, já conformada, e que por isso servirá de ponto de partida à elaboração de novas crenças por meio do hábito. Essa dúvida servirá de hipótese probabilística que será submetida à comprovação pela experiência.

No pragmatismo clássico, embora se tratem de posicionamentos teóricos confluentes, enquanto a teoria de Peirce se volta para a construção de um método de elucidação do significado, James procurou desenvolver uma teoria própria da verdade, considerando o significado em termos de consequências de uma única proposição. Vale dizer, para Peirce o conceito de um objeto era representado pelo somatório de suas consequências verificáveis, o que permite dizer que uma série de proposições podem ser dedutíveis de qualquer asserção³⁷.

Cumprido salientar que tanto Peirce quanto James consideravam o significado de verdade enquanto consequências de uma proposição. Sendo assim, de modo simplório, o significado de algo é o uso que dele posso fazer. Entrementes, para James a verdade é um processo de descoberta, a ideia torna-se verdadeira através dos acontecimentos³⁸.

Não é de se negar que para James, o processo de descoberta e construção da verdade através da experiência enquanto guia satisfatório consubstanciaria o ponto nodal do seu método. No seu ensaio intitulado “A vontade de acreditar” - *The will to believe* -, James chega a afirmar ao longe que a crença num fato ajuda a contruí-lo. Desse modo, nos casos em

Pragmatismo. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 21.

³⁶ SANTAELA, Lúcia. **O Papel da Mudança de Hábito no Pragmatismo Evolucionista de Peirce.** *Cognitio*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 75-83, jan./jun. 2004.

³⁷ JAMES, William. **Pragmatismo.** Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 18.

³⁸ *Op. Cit.* p. 20.

que não há uma razão intelectual válida para escolher entre proposições conflitantes, temos o direito de acreditar na alternativa que terá as consequências mais satisfatórias no resultado de nossa crença, na medida em que podemos prever a suas consequências³⁹.

Como o conhecimento se consuma de um modo empírico, somos levados passionalmente a acreditar na existência de uma ação prévia, que há uma verdade que antecede a uma outra, e esta verdade serve de ponto de partida a uma próxima. Via de regra, rejeitamos uma crença em todos os fatos e teorias a que não damos uso, e simplesmente os damos como hipóteses mortas por falta de utilidade. Isto sugere, na concepção de James, que existem tendências passionais e volições que antecedem a crença e que a influenciam, assim como influenciam na maneira como as acolhemos ou as rejeitamos⁴⁰.

Mas, cumpre questionar como se haverá de saber se uma crença é verdadeira ou falsa?

James chega a afirmar que imbuídos pelo desejo da verdade, somos levados nela a acreditar, muito embora não se encontre uma explicação lógica para tanto, tratando-se apenas de uma volição em acreditar em uma premissa tida como verdadeira contra uma volição em uma premissa pretensamente falsa. Nesse ponto, enfatiza que podemos acreditar na *opção*⁴¹ que trará as consequências mais satisfatórias ao resultado de nossas crenças.

Com efeito, para James, tem-se uma tendência em atribuir um grau de verdade às crenças que conseguem lidar melhor com os problemas cotidianos, muito embora reconheça que não sejam necessariamente verdadeiras. Para resolver essa dificuldade, James foi levado a rever esse ponto utilitarista de sua obra, de modo que se as crenças úteis não são sempre verdadeiras, as crenças verdadeiras, por outro lado, são sempre úteis⁴². Adiante, o autor considera que o que é melhor para nós acreditarmos é verdadeiro, a menos que tal crença

³⁹ JAMES, William. **A vontade de Acreditar**. Palestra apresentada aos Clubes Filosóficos das Universidades de Yale e Brown. Publicada em *New World*, em junho de 1896. Disponível em: <http://dmurcho.com/docs/vontadedeacreditar.pdf>. Acesso em: 20/06/2013.

⁴⁰ *Op. Cit.*

⁴¹ James difere *hipótese* de *opção*. Conforme alhures mencionado, a hipótese é qualquer coisa que se proponha como objeto de nossa crença, enquanto opção é a decisão entre duas hipóteses. James estabelece tal distinção como ponto de partida à discussão travada em seu ensaio. *Op. Cit.*

⁴² JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 21 e 58-59.

colida com algum outro benefício vital, assim como uma crença, baseada no bem que venha a proporcionar, deve ser desafiada pelo conjunto de todas as demais crenças existentes⁴³.

Embora nessa questão James tenha uma visão de certo mais idealista, corrobora com Peirce numa perspectiva mais realista de que a verdade reside nos seus processos de verificação. Para Peirce, as ideias de verdade e de falsidade pertencem exclusivamente ao método experimental de fixar uma opinião. Assim, se um indivíduo escolhe arbitrariamente as proposições que quer adotar, poderá muito bem fazê-lo adotando o adjetivo “verdade” para realçá-lo⁴⁴. Tudo dependerá de como argumentativamente isso será construído.

Assim sendo, independentemente do método científico que seja utilizado, o observador está interessado na verificação, dentro dos processos de investigação, de cada questão que lhes foi colocada. Partindo do exemplo de Peirce, um cientista pode investigar a energia sob os mais diferentes métodos, e mesmo assim, com a evolução das pesquisas, os resultados convergirão para uma aproximação em determinado centro⁴⁵. O mesmo acontece em toda investigação científica. Mesmo partindo de pontos de vista antagônicos, o progresso da investigação empírica levará a conclusões convergentes, e os métodos de correção se encarregarão de desvelar tais resultados.

Em suma, partindo do ponto do que vem a ser um conceito pragmático de verdade aproveitável ao direito, tem-se que o grande atributo da atividade judicial é interpretar fatos e buscar uma correspondência dos mesmos ao que se possa chamar de verdade. No caso da ciência jurídica, dizer que a verdade é contingencial e deve, portanto, ser paulatinamente construída, é dizer que ela depende de outros fatores e que seu processo de construção deverá ser realizado em determinado prazo e obedecendo a determinados aspectos, sob pena de perder sua relevância no mundo jurídico.

O caráter absoluto da verdade atribuível ao método racional se mostra de pouca valia ao direito, porque a verdade com a qual a ciência jurídica lida depende de uma série de circunstâncias. Assim, a verdade no direito é algo construído e não estável.

⁴³ *Op. Cit.*, p. 59.

⁴⁴ PEIRCE, Charles Sanders. **How to make our ideias clear**. In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Dover Publications, 1980, p. 14.

⁴⁵ *Op. Cit.* p. 18.

Nesse sentido, a verdade adaptada ao direito é contextual. Por isso, como mencionado em linhas anteriores, para se tornar *fato jurídico*, o fato precisa ser efetivamente *provado*, quer dizer, fixado no tempo e no espaço em linguagem lógico-jurídica pertinente, senão deixa apenas seus vestígios enquanto mero *evento*⁴⁶. À guisa de exemplificação, se uma lei prescreve uma sanção X para uma conduta Y, se é verdade ou não que o indivíduo cometeu ou não a conduta prescrita em lei e passível de sanção, depende de uma série de circunstâncias a serem provadas no devido processo.

Desse modo, do ponto de vista pragmático a interpretação é um processo de filtragem, de percepção empírica do objeto cognoscível pelo observador, já que os fatos no direito não são brutos, e sim percebidos. O que se mostra como verdade é, portanto, aquilo que se teve como percepção dos reais efeitos que o objeto passou a ensejar.

Visto sob esse ângulo, o método pragmático comporta melhor o alto nível de complexidade das relações sociais que envolvem a atividade jurídica, justamente porque os ramos do conhecimento das ciências sociais, como o direito, não contam com fatores de correção metodológica e leis inexoráveis como as ciências exatas. No direito, os fatores de certeza e de erro são estabelecidos convencional e modestamente, existindo inúmeros elementos de convicção.

Mais um questionamento que esconde uma crítica ao método pragmático se faz pertinente nesse ponto: Se uma crença pode ser verdadeira ou falsa a depender do aporte que o indivíduo venha a conjugar a tal premissa e, se o pragmatismo não está inicialmente preocupado com a origem ou conteúdo da hipótese considerada como verdade inicial, quer dizer que o método pragmático é desprovido de preocupação com um conteúdo de natureza moral?

Essa pergunta comporta duas perspectivas, sendo uma filosófica e a outra jurídica. Do ponto de vista filosófico, poder-se-ia argumentar que o pragmatismo, por se tratar de método focado num caráter prático e consequencialista, deixaria de lado um fundamento moral tão caro ao ideal de justiça, argumentação esta que ainda padece de sustentáculo teórico. Isso porque embora o pragmatismo considere a importância das consequências práticas de um objeto na construção de uma verdade relativa àquele objeto, não desconsidera que existam

⁴⁶ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, decisão, dominação. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 253-255.

verdades nas quais o homem deva acreditar – partindo-se da ideia de que somos levados a acreditar naquilo que nos parece verdadeiro - , e que essas verdades foram estatuídas em valores correspondentes ao que se tem por justiça. Em ilustrativa passagem da obra de James, este afirma que “a verdade é uma espécie de bem, e não, como usualmente se supõe, uma categoria de bem, e coordenada com este. Verdadeiro é o nome de que quer que prove ser bom no sentido da crença, e bom, também, por razões fundamentadas e definitivas”⁴⁷.

Simplemente por se tratar de uma doutrina de cunho metodológico, o pragmatismo jurídico entende que a adequação da realidade ao objeto tem um fundo prático e o ambiente jurídico é limitado para responder o que outras áreas do conhecimento humano não conseguiram responder. Assim, o pragmatismo jurídico está interessado principalmente em observar o comportamento judicial a fim de observar e descrever como o direito é realizado, a fim de traçar um padrão de previsibilidade do comportamento judicial, e esta é uma observação que não tem por escopo a realização de um juízo de valor sobre o objeto em vista.

De todo modo, o pragmatismo jurídico, enquanto método, se despe de questões ideológicas, procurando analisar como a conceituação que se tem sobre determinado objeto ou instituto é construído. Em verdade, quando se fala em relevância ou utilidade social, não se está a visar ao bem ou a virtude, no sentido da felicidade a ser proporcionada ao maior número de indivíduos possível, ainda que para tal intento, fossem sustentadas práticas intoleráveis. A relevância social, nesse caso, é o que move, por exemplo, o elemento subconsciente do julgador⁴⁸ a buscar o bem através de suas decisões, a atuar com justiça.

Por fim, cumpre tecer poucas considerações sobre uma perspectiva jurídica. Por ser pautado numa tendência filosófica monista (do grego $\mu\acute{o}\nu\omicron\varsigma$ $m\acute{o}\nu\omicron\varsigma$, "sozinho, único"), a

⁴⁷ JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 58

⁴⁸ William James acredita que o indivíduo possui um temperamento, uma inclinação que influenciam em suas escolhas. Essa atribuição em James se deve a sua formação em psicologia, e em seus estudos pragmáticos terem se desenvolvido principalmente nessa área em Harvard, onde lecionou. Já Benjamin Cardozo se refere ao mesmo elemento subconsciente como um fator influenciável pela educação, pelas experiências acumuladas ao longo da vida, etc e que influenciariam na decisão do magistrado. A posição apresentada por Cardozo em sua obra denota o método por ele utilizado para proferir suas decisões no curso de sua carreira na Suprema Corte Norteamericana, razão pela qual reconhece a influência de elementos exteriores no curso do processo decisionista. JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 17; CARDOZO, Benjamin, Natan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008, p. 13.

filosofia pragmática tem caráter realista, está interessada na apreensão do direito como ele efetivamente funciona em determinado contexto social. Transpondo tal característica ao plano normativo-estrutural, ao pragmatismo pouco é interessante o dualismo normativo no plano deontológico porque ele não traz consequências práticas. Ao invés disso, é mais funcional considerar a norma jurídica como um dever-ser lógico e vê-la funcionando.

Sendo assim, compreende-se que o direito trabalha mediante um processo de interpretação dos fatos e de elucidação de um objeto que venha a ser chamado de verdade. Através do método pragmático aplicado ao direito, a verdade se mostra como um reflexo do mundo objetivo sobre a razão do indivíduo que, por sua vez, descreve as sensações ou os efeitos que o objeto exerce sobre ele. Assim, a verdade é construída e renovada a depender de circunstâncias de tempo e de espaço, circunscritas num ambiente que o pragmatismo denomina *experiência*. Resta compreender o que significa a experiência pragmaticamente interpretada.

1.4. A experiência pragmaticamente compreendida

Como dito em linhas anteriores, o “Clube Metafísico”, de onde germinaram as discussões que deram amplitude e sonoridade ao pragmatismo, consistiu num vasto ambiente para discussão pela diversidade de origem e formação acadêmica de seus integrantes. Entretanto, sem dúvida, de todos os filósofos pragmatistas, a obra de John Dewey expressou grande contributo à compreensão do significado da experiência sob o viés pragmático.

Com formação em filosofia e pedagogia, Dewey dizia-se mais filósofo do que educador. Em sua obra *Ensaio de Lógica Experimental*, desenvolveu uma teoria do conhecimento na qual lamentava que nossas experiências fossem tratadas como mero objeto de contemplação, o que altera tanto a sua natureza quanto torna o conhecimento tão distante da experiência que a questão de como esse conhecimento se relaciona aos seus objetos se torna inexplicável⁴⁹.

⁴⁹ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 158.

Contudo, foi na obra “Experiência e educação” que expressou seu conteúdo mais expressivo no que se refere à experiência, a qual proporciona um processo de aprendizado subjetivo.

Na referida obra, o autor conceitua a experiência como sendo uma transação do indivíduo com o ambiente no qual está inscrito⁵⁰. Afirma o autor que “uma experiência é sempre o que é por causa de uma transação acontecendo entre um indivíduo e o que, no momento, constitui o seu ambiente”. O ambiente, nesse caso, será representado por quaisquer condições de interação com o indivíduo, sejam físicas ou não, pessoais ou impessoais, desejos e capacidades de criar a experiência que está passando. Assim, se o ambiente consiste em pessoas discutindo sobre determinado acontecimento, o assunto da conversa fará parte da situação e influenciará na experiência daquele ou daqueles indivíduos participantes⁵¹.

Desse modo, para Dewey, a experiência é uma questão subjetiva, engrandece o universo pessoal, mas sobretudo, é uma questão social, da qual não poderá estar apartada. Assim, Dewey assevera que “a experiência não se processa simplesmente no interior das pessoas”⁵². Existem condições sociais que permeiam as atitudes individuais e sobre as quais todo um regramento é construído, seja ele educacional ou jurídico. Em elucidativa passagem, o autor esclarece que

Não deveria ser necessário dizer que a experiência não ocorre em um vácuo. Há elementos fora do indivíduo que dão origem às experiências que são constantemente alimentadas por esses elementos. Ninguém questionaria o fato de que uma criança que mora em um lar de uma família de classe média culta; que a criança da zona rural tem um tipo de experiência diferente em relação ao tipo de experiência da criança da zona urbana; ou que um menino do litoral tem experiências diferentes das de um menino do sertão⁵³.

⁵⁰ DEWEY, John. **Experiência e educação**. Trad. Renata Gaspar. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 45.

⁵¹ *Op. Cit.* p. 46.

⁵² *Op. Cit.* p. 40

⁵³ *Op. Cit.* p. 41

O que Dewey quis dizer é que existem condições exteriores que constituem o ambiente e que influenciam a experiência, sendo esta processada externa e conjuntamente com esses fatores. Acima de tudo, esses fatores devem ser aproveitados ao máximo, a fim de construir experiências válidas⁵⁴.

Seguindo a lógica deweyniana, o processo em que ocorre a experiência observa dois postulados ou princípios: o da princípio da continuidade da experiência ou *continuum*, e o princípio da interação. O princípio da contituidade significa que toda experiência carrega consigo algo das experiências anteriores, assim como modifica, de algum modo as experiências posteriores⁵⁵.

Para Dewey, o princípio da continuidade da experiência permite o desenvolvimento do conhecimento. Entretanto, esse desenvolvimento pode tomar diferentes direções, sendo proveitosas ou não, afetando para melhor ou para pior a qualidade das experiências subsequentes, estabelecendo preferências ou aversões⁵⁶. Sendo assim, somente o empirismo conduz a novas ideias a serem introduzidas ao conhecimento, e toda experiência exerce, em algum grau, influência sobre as condições objetivas sobre as quais as novas experiências irão ocorrer.

O segundo princípio, o da *interação*, tem como base a noção de que a experiência será válida quando conjugados as condições objetivas e subjetivas, ou seja, processadas no interior do indivíduo. Esse princípio atribui direitos iguais a ambos os fatores da experiência – o interno e o externo; o ambiente e o indivíduo -, de modo que em qualquer experiência é perfeitamente normal o intercâmbio entre essas duas posições, não estando, de qualquer modo, uma subordinada a outra⁵⁷. Consideradas em conjunto, esses dois fatores formam uma *situação*.

Para Dewey, as situações e os modos de interação são inseparáveis, de modo que a afirmação que os indivíduos estão inscritos no mundo, inside no fato de que os mesmos estão sujeitos à vivência de uma série de situações. Para o autor

⁵⁴ *Op. Cit.* p. 43

⁵⁵ *Op. Cit.* p. 36

⁵⁶ DEWEY, John. **Experiência e educação**. Trad. Renata Gaspar. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011, p. 42.

⁵⁷ *Op. Cit.* p. 43.

Isso significa, mais uma vez, que está ocorrendo interação entre um indivíduo, objetos e outras pessoas. Os conceitos de situação e interação são inseparáveis um do outro. Uma experiência é sempre o que é por causa de uma transação acontecendo entre um indivíduo e o que, no momento, constitui o seu ambiente⁵⁸.

Dito de outro modo, os princípios da continuidade e da interação determinam a experiência. Conforme o indivíduo é levado de uma situação anterior para uma situação posterior, o seu ambiente é expandido ou contraído, assim como o seu volume de crenças e a similitude de suas verdades é acrescida de alguma maneira. O que tal indivíduo adquiriu enquanto conhecimento ou habilidade em uma determinada situação torna-se instrumental adequado para a compreensão da situação vindoura⁵⁹.

Mas não é só. Considerando o conjunto situações experimentadas constantemente, de pouca relevância seria apenas considerar o conjunto de fatores objetivos que influenciariam uma experiência sem relevar como tais fatores seriam recebidos pelo indivíduo e transformados efetivamente numa atividade experimental.

Portanto, considerar pragmaticamente o conhecimento em função da experiência é resolver um problema específico, particular. O conhecimento envolve a reorganização de uma situação indeterminada para se chegar a uma conclusão através de um ato experimental bem sucedido. Assim, o conhecimento não pode ser visto independente das condições em que surge e da situação em que se aplica. Isso significa dizer que efetivamente todo conhecimento é contextual⁶⁰.

Especificamente no que concerne aos problemas da ciência jurídica, tais sopesamentos trazem algumas implicações. A primeira delas é que o texto jurídico científico está baseado, para a sua construção, em discursos anteriores que devem ser submetidos à interpretação, crítica, análise, descrição etc. O progresso jurídico não está num rompimento abrupto e

⁵⁸ *Op. Cit.* p. 44-45.

⁵⁹ *Op. Cit.* p. 47.

⁶⁰ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 163.

arbitrário de paradigmas normativos, mas no estabelecimento, pelo jurista, de novas conexões de sentido, dentro de parâmetros mínimos de natureza lógica, semântica e sócio-axiológica⁶¹.

Isso significa que deve existir uma continuidade mínima aplicável ao processo de construção de uma norma jurídica concreta, aquela formatada com o propósito precípuo de resolver determinado caso. Deve-se aplicar, portanto, a premissa de continuidade, no sentido de que parcela do que foi constituído a título de conhecimento e que exerce a função verdade no direito servirá de origem à aquisição de novos núcleos assentados de conhecimento, a menos que tenham que ser confrontados ideologicamente e revistos. É nesse sentido que Cardozo afirma que

[...] o método dos especialistas de descobrir o direito sempre foi experimental. As normas e os princípios do Direito estabelecido por precedente legal ou por decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas, mas como hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes nesses grandes laboratórios do Direito que são os tribunais de justiça. Cada nova causa é uma experiência; e, se a norma aceita que parece ser aplicável produzir um resultado que parece ser injusto, a norma é reconsiderada⁶².

Uma segunda implicação diz respeito ao atual estágio de desenvolvimento do conhecimento, ou da crença, como se prefira chamar. Não é por outra razão que em determinada época o conceito de função social da propriedade (CRFB/1988, art. 5º, XXIII) fosse um e atualmente seja outro, sem que para isso tenha sido necessário romper paradigmaticamente com tal noção. As significações são superpostas, e foram sendo construídas contuamente na medida em que os tribunais tiveram que lidar com as questões que foram postas à sua apreciação.

Uma terceira e última implicação no mundo jurídico, e que deriva da segunda, por conseguinte, está relacionada com um fator de ordem social. Vale ressaltar que se a

⁶¹ BITTAR, Eduardo C. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 7ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 53-54.

⁶² CARDOZO, Benjamin Natan. **A natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 12.

experiência está diretamente conjugada às situações experimentadas pelo indivíduo e estas, por sua vez, relacionam-se diretamente tanto a fatores de cunho objetivo quanto subjetivo, o contexto histórico, social e cultural são determinantes à formulação das bases jurídicas do ordenamento em que tal indivíduo está inscrito, e nessa condição, o magistrado, ao proferir suas decisões, visando a um padrão de ordem jurídica e social justas, deverá buscar aproveitar tais potencialidades o máximo possível. Não é por outro motivo que Cardozo enfatiza que “os tribunais devem buscar a luz entre os elementos sociais de todo tipo que constituem a força viva por trás dos fatos com que lidam”⁶³.

Certo de que a experiência é a base sobre a qual o método pragmático é erguido, os teóricos pragmatistas referenciam o empirismo como forma de colocar os institutos jurídicos à prova, relativizando as teorias e pondo-as para trabalhar⁶⁴. Somente será possível descobrir de fato como o direito funciona elucidando seus elementos na forma como se apresentam através do seu processo de construção, no bojo das decisões produzidas pelos tribunais, razão pela qual o elemento experimental é parte sensível e indissociável.

1.5. Indução, dedução e abdução pragmática

Na esteira filosófica do método pragmático, dotada de cunho realista, as leis não poderiam ser simplesmente um conjunto de inferências e deduções corretas provenientes de princípios jurídicos pré-estabelecidos, mas sim, oriundos de um contínuo processo de experimentação através da tomada de decisões em determinados casos extremos, a fim de verificar de realmente funcionam no contexto social em que foram inscritas⁶⁵.

Assim sendo, a verdade em que se funda o direito é construída com base na conduta dos juízes, sendo relevante o processo pelo qual tomam suas decisões. A forma como o

⁶³ *Op. Cit.* p. 07.

⁶⁴ JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 17.

⁶⁵ LLOYD, Dennis. **A ideia da Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 267.

magistrado escolhe a norma a ser aplicada assume uma feição de justificação posterior, dito de outro modo, como uma conclusão acerca da livre e íntima convicção motivada do magistrado⁶⁶.

Em que pese os estudos em Teoria do Direito terem privilegiado uma argumentação de justificação da tomada de decisões judiciais, que observam os elementos de adequação racional, correção da argumentação, interpretação da lei etc., o pragmatismo se propõe a uma análise de descoberta, consistente numa análise nos motivos que levaram o juiz a decidir de tal modo, atribuindo relevância aos elementos de criatividade e descoberta ao processo de decisão judicial⁶⁷.

Trata-se de uma posição metodológica audaciosa, já que difere da indução e da dedução por não partir necessariamente nem da regra geral, nem do caso particular, mas de uma hipótese provisória criativa construída com base nos efeitos gerados num determinado caso, método este que se propõe suprir algumas deficiências observadas na prática judicial deixadas quando da aplicação do método subsuntivo.

Com base no modelo subsuntivo, de caráter dedutivo, a decisão jurídica é produzida como resultado de uma inferência superficial a partir da lei através de uma subsunção lógica dos fatos, o que se dá no processo de incidência da norma. Sem desconsiderar os cânones interpretativos formatados através da hermenêutica jurídica, não são raros os casos em que a norma não se conforma aos fatos a que se pretende subsumir justamente pela impossibilidade de previsão legislativa da complexidade de ocorrências fáticas a depender do contexto social⁶⁸. Isso repercute no fato de que uma norma jurídica pode não ser aplicável quando verificado simplesmente a correspondência entre os elementos enunciados na norma e os fatos jurídicos descritos no enunciado do tipo legal⁶⁹.

No plano normativo-estrutural, como já explicitado, o processo de elaboração de uma decisão judicial contrapõe dois planos distintos, sendo um deontológico, o da norma jurídica

⁶⁶ *Op. Cit.* p. 269.

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 22-24.

⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. Cit.* p 24.

⁶⁹ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra editora, 1993. p. 167-168.

(o *dever-ser*), e outro ontológico, dos fatos (o *ser*). A estrutura do método subsuntivo acaba por transpor dois planos distintos, analisando os fatos ainda no plano abstrato⁷⁰, para depois conformá-lo à norma no processo de incidência.

Dado o seu caráter prático, ao invés disso, o pragmatismo está interessado na observação do processo de incidência no qual sejam analisados concomitantemente os dois planos, numa instância em que o teórico e o prático são conjugados e passam por um processo de retroanálise decorrente dessa interatividade, na qual será refletido no resultado da conduta⁷¹. Assim sendo, pragmatismo, ao mesmo tempo em que concebe uma análise normativa, concebe os uma análise dos efeitos que a incidência da norma vem a projetar através da decisão judicial.

Nesse contexto de confronto com um tradicional silogismo dedutivo, o pragmatismo parte da aproximação ao método abduutivo, inicialmente cunhado por Charles Sanders Peirce, um dos primeiros a reconhecer a importância do método na prática argumentativa da ciência⁷² e que tem por pressuposto lógico a noção de *falibilidade*, a qual significa, precipuamente, que não é possível o domínio sobre todo o conhecimento existente, razão pela qual as ideias devem ser constantemente postas sob vigilância e renovação pelo teste da experimentação, o que, no caso do direito, se dá no ambiente de formulação das decisões judiciais. Na concepção de Peirce, jamais poderemos alcançar uma verdade absoluta, assim como, se a alcançarmos, não saberemos⁷³.

O método abduutivo foi uma recuperação feita por Peirce da obra de Aristóteles, o qual referia-se aos métodos de indução (*epagoge*), dedução (*synagoge*) e abdução (*apagoge*), expressão última que havia sido abstraída de seus escritos⁷⁴. Segundo o arranjo da *apagoge*

⁷⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 22.

⁷¹ IBRI, Ivo Assad. **Pragmatismo e Realismo: A semiótica como transgressão da linguagem**. Cognition, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 247-259, jul./dez. 2006.

⁷² CHIBENI, Silvio Seno. **A inferência abduitiva e o realismo científico**. Cadernos de História e Filosofia da Ciência, série 3, Vol. 6 (1): 1996, p. 45-73.

⁷³ REGO, George Borwne. **Reflexos políticos e jurídicos da falseabilidade de Karl Popper e do falibilismo de Charles Sanders Peirce no método do Direito**. Revista *Due In Altum* – Caderno de Direito, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

⁷⁴ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1990, p.05.

aristotélica, não se infere do geral para o particular, nem do particular para o geral. Parte-se dos resultados para retornar às causas, e a partir do que já se conhece, descobrir algo que ainda é desconhecido.

A partir dos efeitos já conhecidos é criada uma hipótese probabilística chamada por Peirce de “hipótese genuína”, em função das dúvidas e dos erros que assolam o método silogístico tradicional e que será submetida ao teste da verificação⁷⁵, de suma importância, já que na opinião de Peirce nada poderá ser apreendido com base apenas em definições⁷⁶.

James, atento aos postulados peirceanos acerca do raciocínio abduutivo acrescenta que “o pragmatismo agarra-se aos fatos e às coisas concretas, observa como a verdade opera em casos particulares e generaliza”⁷⁷.

O método é, em suma, pautado na ideia de *inferência abduitiva*, segundo a qual, em síntese, quando um caso é subsumido a uma hipótese normativa, deverá ser considerado paralelamente ao método indutivo; entretanto, enquanto o método indutivo parte do geral para o particular, o método abduutivo inicialmente parte do particular para o geral, numa alusão ao silogismo dedutivo. Contudo, a diferença do raciocínio dedutivo reside justamente no fato de serem considerados os efeitos concebidos pelo objeto para que sejam, então, verificadas as suas causas. Sendo assim, o raciocínio hipotético indutivo não é considerado verdadeiro até que seja empiricamente comprovado.

De modo geral e simples, o esquema dos argumentos abduitivos consiste no enunciado de um fato ou conjunto de fatos que se referem a uma evidência, de hipóteses alternativas para explicar essa evidência e de uma apreciação valorativa dessas explicações. Logo, percebe-se que a melhor conclusão provavelmente é verdadeira se, além de quando comparada às demais demonstrar ser melhor, for realmente boa em algum sentido⁷⁸. Consegue-se visualizar uma

⁷⁵ REGO, George Borwne. **Reflexos políticos e jurídicos da falseabilidade de Karl Popper e do falibilismo de Charles Sanders Peirce no método do Direito**. Revista *Due In Altum* – Caderno de Direito, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

⁷⁶ PEIRCE, Charles, Sanders. **How to make our ideias clear**. In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Dover Publications, 1980, p. 113.

⁷⁷ JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 188. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 54.

⁷⁸ CHIBENI, Silvio Seno. **A inferência abduitiva e o realismo científico**. Cadernos de História e Filosofia da Ciência, série 3, Vol. 6 (1): 1996, p. 49.

inferência abdutiva analisando, por exemplo, que um fato X, atípico e surpreendente, está sendo observado. Entretanto, se um fato Y fosse verdade, X seria um fato comum. Logo, existem razões para suspeitar que o fato Y seja verdade.

Conseqüentemente, seguindo o raciocínio abductivo, a conclusão não segue logicamente das premissas, como quando em função de argumentos dedutivos; de igual modo, a conclusão não segue logicamente de uma extensão uniforme das evidências, mas depende essencialmente do conteúdo dos argumentos envolvidos⁷⁹. Por isso mesmo, Flavianne Nóbrega diz que a inferência abductiva é “uma inferência *sui generis*. A abdução é, assim, uma inferência provável, e, portanto, falibilista, e está relacionada com a adivinhação, a formulação de uma hipótese a partir de um *insight*”⁸⁰.

É possível observar o desenvolvimento do raciocínio abductivo a partir de uma inferência pelo exemplo sugerido pelo próprio Peirce. Basta imaginar que um disco de cobre sob rotação rapidamente fica em estado de repouso quando é colocado entre pólos de magneto⁸¹. Pode-se inferir, a partir daí, que isso ocorrerá com todo disco de cobre falibilisticamente. Nesse caso, a hipótese condutora é que o que é verdadeiro para um disco de cobre submetido à atração magnética pelos imãs, é verdadeiro para outro. Essa hipótese, portanto, é muito mais segura a respeito do cobre do que em relação a outros metais, como o latão, por exemplo.

Contrapondo o exemplo acima apontado na forma do raciocínio abductivo, aos métodos dedutivo e indutivo, tem-se que:

⁷⁹ *Op. Cit.* p. 54.

⁸⁰ NÓBREGA, F. F. B. **Por uma Metodologia do Direito de base Pragmatista: O Raciocínio Abductivo no Direito.** In: XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Recife. Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 145-147.

⁸¹ PEIRCE, Charles, Sanders. **The fixation of believe.** In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Dover Publications, 1980, p. 05.

Pelo raciocínio dedutivo:

Regra – Todos os discos de metal que repousam rapidamente quando submetidos à atração são de cobre;

Caso – Este disco de cobre repousa rapidamente quando submetido à atração;

Resultado – Este disco que repousa rapidamente quando submetido à atração é de cobre.

Pelo raciocínio indutivo:

Caso – Este disco de cobre repousa rapidamente quando submetido à atração;

Resultado – Este disco é de cobre;

Regra – Todos os discos de metal que repousam rapidamente quando submetidos à atração são de cobre.

Pelo raciocínio abduativo:

Regra – Todos os discos de metal que repousam rapidamente quando submetidos à atração são de cobre;

Resultado – (Há um indício de que) os discos de cobre repousam rapidamente quando submetidos à atração;

Caso – Este disco de cobre repousa rapidamente quando submetido à atração (hipótese falibilística).

Com efeito, o raciocínio abduativo corrobora com o pensamento pragmatista e constitui o alicerce do seu método. Permite desvelar os motivos que levaram à decisão judicial em seus moldes, assim como assegura uma melhor adequação aos fatos incidentes em uma demanda os, quais, por sua vez, influenciam o convencimento do julgador. Como visto, o método abduativo peirceano trabalha com uma hipótese falibilística que, ao ser considerada, será verdadeira até que seu processo de experimentação leve a concluir em sentido contrário. Por

fim, a lógica abdutiva também abraça uma previsão da possibilidade de a decisão alcançar efeitos multiplicadores, vale dizer, uma mesma demanda ser estimulativa da multiplicação de outras demandas análogas, o que poderia se tornar motivação de uma decisão judicial.

Em se tornando a base de aplicação do método pragmático, o raciocínio abduutivo foi carreado ao universo do realismo jurídico norte-americano, através da obra de solenes autores realistas e magistrados adeptos ao método, dentre os quais podem ser citados Oliver Wendell Holmes Jr e Benjamin Natan Cardozo, juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em passagem pela obra de Cardozo “A natureza do processo judicial”, na qual o autor tenta traçar, através de suas palestras proferidas na universidade de Yale, uma sistematização do *modus* pelo qual um juiz profere suas decisões, chega à conclusão de que um magistrado deve obedecer à lei, aos precedentes e aos costumes. Quando há uma lei a ser aplicada, não há muito o que fazer senão aplicá-la, o que sugere um raciocínio subsuntivo pouco aprofundado. Entretanto, alerta Cardozo, quando todos esses elementos fortes forem insuficientes, aí começa o verdadeiro trabalho do juiz. Assim Cardozo pondera que

Nossa primeira indagação portanto, deve ser: onde o juiz encontra a lei que ele incorpora em seu julgamento? Às vezes, a fonte é óbvia. A norma que se ajusta à causa pode ser fornecida pela Constituição ou pela lei emanada do Legislativo. Quando é assim, o juiz dá a sua busca por encerrada. Certificada a correspondência, sua obrigação é obedecer. [...] Nesse sentido, o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao direito criado pelos legisladores. É verdade que códigos e leis escritas não dispensam o juiz nem tornam seu trabalho superficial e mecânico. Há lacunas a preencher. Há dúvidas e ambiguidades a esclarecer. [...] E quando as cores não combinam, quando as referências não batem, quando não há nenhum precedente decisivo, que realmente começa o trabalho do juiz⁸².

⁸² CARDOZO, Benjamin Natan. **A natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 11.

A experiência com o método pragmático relatada na obra de Cardozo alerta, principalmente, para o fato de que a aplicação do método assume grande importância nos casos em que o juiz se depara com um alto grau de generalidade da norma, para os quais sua função/prerrogativa de discricionariedade lhe conferem um alto poder de criatividade, a fim de colmatar os espaços deixados legislativamente e ajustar melhor ao caso concreto. Não por acaso, esta é a situação da maioria das normas fundamentais veiculadoras de direitos sociais.

A mesma linha aponta a obra de Holmes, o que pode ser inferido dos votos discordantes do magistrado quando *Justice* da Suprema Corte, o mais conhecido caso *Lockner versus New York*, no qual Holmes entendeu que as decisões poderiam serem proferidas com base numa racionalidade construída sobre pré-noções não declaradas pelos juízes, que obedeciam a um caráter econômico que estava velado na demanda. Essas pré-noções ou pressuposições seriam, em verdade, a base da decisão⁸³. Conforme registrado no célebre voto, Holmes afirmou na ocasião que

Este caso foi decidido sobre uma teoria econômica não acolhida por uma larga parte do país. [...] Algumas dessas leis incorporam convicções ou preconceitos com os quais os juízes provavelmente compartilham. Pode ser que alguns não. Mas uma Constituição não é planejada para incorporar uma teoria econômica em particular, seja ela de paternalismo e de relação orgânica do cidadão com o Estado ou de *laissez-faire*. Ela é feita para pessoas de visões fundamentalmente diferentes, e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares, ou inusitadas e mesmo chocantes, não deveria encerrar nosso julgamento sobre a questão de se os estatutos que os incorporam conflitam com a Constituição dos Estados Unidos. [...] **Prescrições gerais não decidem casos concretos. A decisão vai depender de um julgamento ou intuição mais sutil do que qualquer premissa maior mais articulada**⁸⁴.
(sem grifos no original).

⁸³ HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 203.

⁸⁴ *Op. Cit.* p. 205-206.

Percebe-se que o diferencial das considerações de Holmes foi a afirmação de que as decisões judiciais poderiam ser definidas por elementos extra-normativos que são determinantes ao convencimento do magistrado prolator da decisão, o que escapa à lógica dedutiva arraigada no discurso jurídico. Desta feita, o processo de incidência da norma ao fato por ela previsto, permeado por uma lógica subsuntiva, se trata de uma primeira etapa no processo de construção de uma decisão judicial, a qual, acaso não satisfeita diante da complexidade do caso posto em apreciação, deve abrir espaço à consideração de outros elementos de formatação de decisões judiciais que não somente a norma jurídica a qual se pretende a subsunção.

Num contexto mais próximo, numa tentativa de sistematização do processo de construção das decisões judiciais, Ricardo Lorenzetti leciona que, inicialmente, a solução para o caso deve ser deduzida de uma regra jurídica válida aplicável, delimitando os fatos sobre os quais incidirá a norma, identificando qual a norma jurídica aplicável para, então, deduzir a solução do caso (elemento dedutivo)⁸⁵. Ademais, o autor considera que a aplicação da lógica dedutiva ao caso deve ser dotada de um elemento de coerência, qual seja, a solução alcançada pelas regras deve ser consistente com outras soluções adotadas em casos análogos, assim como deve ser coerente com o resto do sistema jurídico⁸⁶.

Entretanto, o método dedutivo “puro” aplicado nos moldes descritos por Ricardo Lorenzetti é facilmente amoldado às situações que envolvem a solução de “casos fáceis”, em cuja situação fática pressupõe a existência de uma ou mais regras que validamente aplicáveis.

Contudo, quando o caso apresentar alguma insuficiência no elemento normativo, ou seja, quanto à determinação da norma aplicável mediante o processo de interpretação, ou ainda, no elemento fático ou de dedução, estaremos diante de um “caso difícil”, para o qual o método dedutivo será insuficiente. Nessas situações, o intérprete se vê obrigado a usar de sua discricionariedade, na medida em que a solução baseada na dedução das regras não proporciona o expediente adequado ou apresenta várias alternativas⁸⁷.

⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2ª edição ver. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 159-160.

⁸⁶ *Op. Cit.* p. 161

⁸⁷ *Op. Cit.* p. 165

É nesse sentido que a postura pragmática avalia o processo de criação do direito em casos paradigmáticos, nos casos extremos ou chamados “casos difíceis”, visto que nos casos não configurados como sendo limítrofes da atuação judicial, não devem ser desconsideradas as soluções já encontradas pela dogmática jurídica. São nos chamados *hard cases* que surgirão as chamadas “dúvidas genuínas” que, uma vez elucidadas servirão de base para a solução de novos dilemas.

Por oportuno, cumpre traçar alguns contornos acerca de como o método pragmático foi introduzido no ambiente jurídico, como serviu de base para a formatação de decisões judiciais, assim como se deve ser claramente distinguido o método pragmático da concepção teórico-filosófica comumente atribuída ao pragmatismo jurídico. Por derradeiro, cumpre delinear como o método pode ser trabalhado frente às decisões judiciais.

1.6. O pragmatismo jurídico e a análise de decisões judiciais

1.6.1. O realismo jurídico e o método pragmático

Ao longo das linhas anteriores, o pragmatismo foi demonstrado como método de aplicação e análise concebido em meio às discussões de sua aplicabilidade nas mais diversas áreas do conhecimento, tomando as diversas áreas de formação do “Clube Metafísico” no contexto histórico, cultural e ideológico em que se desenvolveu.

James, por exemplo, era médico e desenvolveu seus escritos inicialmente na área de psicologia médica. Dewey, como já apontado, além de filósofo e pedagogo, desenvolvia seus estudos em lógica e sociologia educacional. Holmes possuía formação jurídica, e além dele, outros integrantes do referido clube eram matemáticos, sociólogos etc, todos em prol de um objetivo em comum mas ainda sem uma consciência filosófica pré-definida.

Notadamente, os grandes responsáveis pela adoção do método pragmático no direito foram Oliver Holmes e Benjamin Cardozo, sem desconsiderar modernamente a influência de Richard Posner no contexto jurisprudencial norte-americano. Cumpre ressaltar, entretanto, que a adoção da postura pragmática pelos referidos autores se deu à luz de um movimento

intitulado realismo jurídico, com o qual corriqueiramente o pragmatismo jurídico é considerado sinônimo, mas que com este não pode ser confundido.

O realismo jurídico se trata de movimento teórico-doutrinário de vertente anti-metafísica que se desenvolveu nos Estados Unidos num contexto histórico, cultural e ideológico de marcados por um grande desenvolvimento cultural e agitação política. As empresas se cristalizaram sob o monopólio corporativista do setor industrial pautado pela política liberal⁸⁸.

O contexto histórico-político em se desenvolveu a corrente realista retrata uma contraposição entre um quadro de dominação do *Legal Formalism* sobre o direito constitucional norte-americano, sob a doutrina do *Substantive Due Process*, através da incorporação da décima quarta emenda à Constituição norte-americana em 1868⁸⁹, a qual dispunha sobre a garantia de direitos civis, mormente sobre a valorização dos direitos civis de liberdade influentes na esfera privada, como a liberdade contratual.

Entretanto, somados o conservadorismo formal imbuído na práxis da Suprema Corte e a forte influência específica do liberalismo econômico clássico enquanto parâmetro de julgamentos até então adotado, os novos rumos do dispositivo constitucional recém-implantado foram desvirtuados por uma interpretação calcada, principalmente, no forte entendimento de que a emenda havia sido criada, não com um propósito social enquanto pano de fundo, mas, principalmente, para proteger substancialmente a liberdade de contrato⁹⁰.

Nesse contexto, a jurisprudência era engessada e mecanicista que marcava um pensamento formalista e exegético dos conceitos jurídicos até o fim do século XIX. O pensamento jurídico norte-americano era suposto como sendo um corpo omnicompreensivo, um sistema completo, que conteria todas as regras e normas suficientes para a solução de

⁸⁸ LERNER, Max (Org.). **The mind and faith of Justice Holmes: his speeches, essays, letters and judicial opinions.** Boston: Little Brown and Company, 1943. *Apud* HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010, p.76

⁸⁹ COPETTI NETO, Alfredo. **Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica:** Asbases do *First Law and Economics Movement* na *Progressive Era* Americana (1880-1930). Revista Sequência, n. 65, p. 209-239, dez. 2012. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p209>. Acesso em: 12/09/2013.

⁹⁰ *Op. Cit.*

todos os casos. Enfim, um sistema completo e perfeito no qual a função dos juizes era apenas descobrir a lei⁹¹.

Com base nesse contexto acima apresentado, Holmes colocou em debate a questão da lógica face à experiência, buscando desvendar a amplitude e o alcance da ideologia conservadora que estavam por trás dos argumentos até então sustentados naquele Sodalício, buscando reconhecer, com isso, que a abstração formal não possuía o condão de resolver, por ela mesma, a complexidade dos casos submetidos aos tribunais⁹².

O caso paradigmático, já mencionado, que marcou a corrente realista sobre as decisões judiciais e o papel desempenhado por elas e pelos juizes no contexto social foi o caso *Lochner versus New York*, o qual, em síntese, discutiu ferrenhamente a liberdade contratual dos trabalhadores em relação à jornada de trabalho em contraposição ao bem-estar social e possibilidade de intervenção do Estado nessa seara. O voto dominante da Suprema Corte norte-americana foi no sentido de sobrepor a liberdade contratual e de livre escolha do empregado para que este dispusesse, também, sobre sua jornada de trabalho. Em voto dissonante, mas emblemático, Holmes se posiciona com veemência:

Eu sinto muito em não poder concordar com o julgamento que está sendo proferido no presente caso, e sinto que é minha obrigação de expressá-lo. Este caso está sendo julgado a partir de uma teoria econômica com a qual uma boa parcela da população deste país certamente não concorda. Se consistisse a questão meramente em se saber se eu concordo com essa teoria, eu deveria estudá-la muito mais a fundo antes de expressar minha opinião. Porém realmente sinto não ser essa a minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou minha discordância em nada se relacionam com o direito que a maioria tem de expressar suas opiniões jurídicas. [...] Penso que a palavra liberdade na Décima Quarta Emenda é deturpada quando aplicada para impedir o resultado natural de uma opinião dominante, a menos que possa ser dito que um homem racional e justo admitiria, necessariamente, que a lei proposta

⁹¹ HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juizes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 77

⁹² *Op. Cit.* p. 81.

infringiria princípios fundamentais sob a forma pela qual eles vêm sendo entendidos pelas tradições do nosso povo e do nosso direito.

Certamente sob os trechos acima transcritos é possível extrair o descontentamento de Holmes com o fato de que aquele caso em particular, assim como tantos outros sujeitos ao crivo da Suprema Corte estavam sendo julgados com base num modelo institucional pautado por uma teoria econômica que não era revelada, mas se escondia por trás de um manto de juridicidade e de certeza do direito. Dessa forma, Holmes enxergava não somente que existiam elementos extrínsecos ao direito “puro” posto em debate, como uma realidade social que precisava ser considerada já que sofreria os efeitos daquela decisão judicial.

Frise-se que o pensamento da Suprema Corte norte-americana à época absorveu uma aparência de certeza e de objetividade que servia perfeitamente a uma teoria rigorosa, não passível de falhas. Este era, sem dúvida, o principal fator de incômodo que impulsionava ideologicamente o movimento realista através de Holmes e depois de Cardozo, contra um legalismo exacerbado. Nesse sentido, Cardozo põe a questão sob reflexão:

Confesso que para mim é um grande mistério saber como os juízes, dentre todas as pessoas do mundo, deveriam acreditar em observações incidentais que não constituem fontes de Direito. Uma breve experiência na magistratura foi suficiente para me revelar todo tipo de fissuras, fendas e brechas em meus próprios pareceres quando retomados alguns meses após o veredicto e lidos novamente, com a devida contrição. A convicção de que nossa infalibilidade é um mito leva facilmente, e com um grau de satisfação um tanto maior, à recusa em atribuir infalibilidade aos outros⁹³.

Assim é que o pensamento realista carrega consigo uma base ceticista. Tal *ceticismo* demonstra uma rejeição aos sistemas conceituais fechados, omnicompreensivos, vale ressaltar, que tem por pretensão tudo abarcar. Através de uma visão realista, se torna difícil

⁹³ CARDOZO, Benjamin Natan. **A natureza do Processo Judicial**. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p 17.

sustentar tal ideia quando se tem em vista o caráter complexo e dinâmico da vida e das relações sociais.

Este olhar cético, representado principalmente na obra de Holmes⁹⁴, está ligado à ideia de que o realismo está vinculado principalmente na relativização de crenças absolutas e num respeito a visões dissonantes, que justamente por isso merecem ser consideradas. Assim, Holmes estabelece um comparativo entre a busca de um filósofo por um critério de verdade absoluta como a busca do jurista por um critério de validade universal do direito, o que lhe cria problemas diante da complexa realidade que tem de enfrentar⁹⁵.

Em consideração à realidade na qual o direito está imersa, o pensamento realista empregna sua postura voltada à consideração de todos os fatores que sejam conclusivos à construção do direito, e que serão evidenciados a partir das decisões judiciais, na forma como o direito é construído. O caráter experimental do direito, por oportuno, resta evidenciado por Holmes quando o autor afirma que

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes⁹⁶. (sem grifos no original).

⁹⁴ COPETTI NETO, Alfredo. **Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica:** As bases do *First Law and Economics Movement* na *Progressive Era* Americana (1880-1930). Revista Sequência, n. 65, p. 209-239, dez. 2012. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p209>. Acesso em: 12/09/2013.

⁹⁵ HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 134.

⁹⁶ The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by

Assim sendo, quando Holmes pronuncia que a vida no direito tem sido experiência e não lógica, reafirma a base do viés realista evidenciada por uma busca de previsibilidade do comportamento jurídico que repercute na vida social através das decisões judiciais. No mais, os realistas mais progressistas sustentavam uma tese de separação do direito e da moral/política, em busca de uma libertação valorativa da ciência jurídica⁹⁷.

Nesse sentido, um doutrinador realista que levou à cabo as considerações tecidas por Holmes em suas decisões foi Roscoe Pound, para quem a práxis jurídica era contingencialmente impregnada pela prática social⁹⁸. As decisões judiciais, para Pound, traziam evidentes consequências sócioeconômicas e revelavam a posição política dos juízes. O direito, assim, deveria ser enxergado sob um outro prisma que não o formalista, sendo redimensionado para uma ciência essencialmente social, visto que não se encontrava imune ao ponto de vista sociológico.

Como enunciado no parágrafo anterior, um traço realista marcante era a busca da *previsibilidade* do comportamento judicial. A experiência era valorizada como uma forma de afastar dogmas absolutos e para isso, as decisões judiciais deveriam ser encaradas como verdadeiras profecias⁹⁹, como base de um comportamento judicial futuro. Assim, as verdades no direito seriam paulatinamente construídas.

Dessa maneira, o direito é o que os juízes dizem que o direito é, e o que alucidam através de suas decisões judiciais, afinal de contas, um mesmo instituto jurídico não é considerado o mesmo ao longo dos anos. Ao contrário, seu conceito é trabalhado, manipulado e moldado a uma realidade criada num ambiente de um processo judicial.

which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult history and existing theories of legislation. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991, p. 01.

⁹⁷ COPETTI NETO, Alfredo. **Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica**: Asbases do *First Law and Economics Movement* na *Progressive Era* Americana (1880-1930). Revista Seqüência, n. 65, p. 209-239, dez. 2012. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p209>. Acesso em: 12/09/2013.

⁹⁸ *Op. Cit.*

⁹⁹ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of The Law**. New York: The Floating Press, 2013, p. 02.

Com efeito, importante ressaltar, o direito se presta a atender a uma finalidade essencial para a qual é constantemente criado. Por trás dos institutos jurídicos, sob o enfoque realista, se esconde uma finalidade social relevante que pode ser traduzida como uma ferramenta a alcançar resultados através das decisões. Não é por outra razão que Holmes chega a pronunciar que “... a justificação verdadeira de uma norma jurídica, se houver alguma, é tal que auxilia a realizar um fim social que desejamos”¹⁰⁰.

Sob a vertente realista no direito, trabalhada através de uma metodologia de cunho pragmático, a lógica formal, portanto, foi colocada à serviço da experiência para revelar como o direito funciona na realidade e, isso só poderia ocorrer através do processo contínuo de desenvolvimento dos institutos jurídicos sempre que fossem desafiados pela necessidade de prolação de uma decisão judicial diante de um caso concreto.

1.6.2. O pragmatismo jurídico e o trato das decisões judiciais

Percebe-se, a partir de então, o ponto crucial e distintivo entre as duas nomenclaturas comumente atribuídas ao pragmatismo jurídico e que, embora distintas, se afiguram conexas: O Pragmatismo Jurídico não é, senão, o método de análise desenvolvido pelo pragmatismo clássico trazido ao direito num contexto de desenvolvimento da corrente teórico-filosófica denominada Realismo Jurídico.

Deve ser feita, portanto, tal distinção, para designar, aos fins propostos no presente trabalho, que o pragmatismo jurídico trata-se, nas palavras de James, de método¹⁰¹. E como método, se propõe à análise do comportamento judicial através do que é construído judicialmente, vale dizer, através do que os tribunais dizem que o direito é.

Este traço distintivo comporta a noção de que o pragmatismo enquanto método significa que o seu objeto de análise do comportamento judicial serão, principalmente, as

¹⁰⁰ LERNER, Max (Org.). **The mind and faith of Justice Holmes: his speeches, essays, letters and judicial opinions**. Boston: Little Brown and Company, 1943. *Apud* HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 163.

¹⁰¹ JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, p. 21.

decisões judiciais, a fim de verificar como os institutos jurídicos e as conceituações desenvolvidas sobre os mesmos se comportam, funcionam à proporção em que são analisadas as consequências práticas deles provenientes.

Noutro passo, o mesmo enfoque não pode ser dado ao realismo jurídico se compreendido, como alhures discorrido, como doutrina filosófica sobre a qual o método pragmático pode ser utilizado. O realismo jurídico, entendido sob o viés doutrinário e filosófico será o próprio objeto de compreensão do contexto que se propõe a ajudar a desvendar. Em outras palavras, o realismo jurídico poderá servir como fundamento teórico para compreender como o direito é construído de acordo com tais bases filosóficas. Nesse caso, portanto, sem perder sua relevância, as decisões judiciais possuem um papel subsidiário, apenas auxiliar a depender do caráter e dos propósitos que a pesquisa venha a assumir.

O que caracteriza uma simbiose entre a expressão pragmatismo jurídico e a doutrina filosófica realista é justamente a estreita relação existente entre as as premissas metodológicas do pragmatismo e as características ideológicas do realismo, quais sejam, um afastamento de crenças absolutas e conceitos fechados, a noção de um direito construído paulatinamente através da produção jurisprudencial dos tribunais e o envolvimento do trabalho desenvolvido juridicamente com uma finalidade social antes desconsiderada pelo formalismo jurídico.

É de se notar que tais postulados ideológicas encontram amplo espaço de conformação com as premissas do método pragmático, principalmente as ideias centrais de “crença” e “verdade”, e a atribuição do conhecimento como sendo algo construído através de ideias preexistentes e que encontram uma justificação *a posteriori*. Também guardam ampla consonância entre teoria e método a ideia de que o conhecimento, assim como o conhecimento jurídico, por decorrência, é construído através de um processo empírico, relevando os prováveis efeitos decorrentes do objeto como sendo o significado atribuível ao próprio objeto. O pragmatismo jurídico é, pois, um realismo jurídico aplicado através dos métodos capitulados pelo pragmatismo clássico.

As três principais características que marcam o pragmatismo jurídico são o contextualismo, o consequencialismo e o anti-fundacionismo. O contextualismo significa que a apreciação de qualquer proposição seja realizada em conformidade com as necessidades humanas, de modo a observar o contexto social em que está inscrita; o consequencialismo, por sua vez, implica na noção de que toda assertiva deve ser avaliada e posta em teste

antecipando as consequências e prováveis efeitos que venham a ensejar; e, por fim, o antifundacionismo tem por foco a rejeição a qualquer padrão absoluto de formatação de regras, conceitos abstratos ou dogmas imutáveis, preservando o direito em constante evolução e construção¹⁰².

Basicamente, o direito passa a ser compreendido a partir de um viés comportamental, vale dizer, que o direito é construído e passa a ser definido foco através da atividade desempenhada pelos Tribunais. Assim, o juiz pragmatista não descobre o direito em meio aos elementos jurídicos postos, ele constrói o direito valendo-se, inclusive, de elementos extrajurídicos que lhes propiciem a decisão que melhor atenda às necessidades humanas e sociais. É nesse ponto que reside a preocupação de Holmes, evidenciada através do caso *Lochner versus New York*, assim como de seus escritos, de que as decisões podem ser tomadas tendo por parâmetro de convencimento fatores que fogem aos limites da análise e aplicação normativa.

Neste ponto, o processo de interpretação e aplicação do direito compreende, inclusive, uma avaliação comparativa de diversas possibilidades de decisão ante as suas consequências, de modo a escolher a que lhe parecer melhor ou mais consentânea. Desse modo, o magistrado deverá ter em mente que suas decisões têm o condão de intervir na realidade social, logo, a melhor decisão será aquela que melhor atender às necessidades sociais em jogo, ainda que para isso tenha que ser riscada uma coerência lógica com o sistema jurídico, caso um resultado socialmente benéfico seja posto em risco.

O pragmatismo jurídico pode ser evidenciado como método por que a análise do comportamento judicial demonstra não só como os institutos jurídicos são construídos, evoluem na medida em que são postos em prática na dependência do contexto social em que estão inscritos, como a partir de tal análise são criadas novas hipóteses de aplicação do direito a serem testadas falibilicamente através das decisões vindouras. Daí a menção de Holmes à previsibilidade do comportamento judicial quando este afirma que a atividade jurídica tem sido consolidada na forma de profecias¹⁰³.

¹⁰² LECLERC, André. **Contextualismo, Pragmatismo e Determinação do Sentido**. In: Revista Cognitio, vol. 11, nº 01, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13376>. Acesso em: 22/02/2014.

¹⁰³ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of The Law**. New York: The Floating Press, 2013, p. 02.

A partir das decisões judiciais, de acordo com o método pragmático, portanto podem ser coletados elementos elucidativos quanto à aplicação do método em relação às inferências apresentadas em seu bojo. Tais inferências, uma vez analisadas à luz de um raciocínio abduutivo, podem revelar quais os argumentos que foram utilizados para construir aquela decisão, assim como, a partir dos prováveis efeitos dela oriundos, atribuir uma conceituação aplicável ao instituto ou fenômeno jurídico analisado naquele contexto histórico, geográfico e social.

Assim, aprioristicamente, o pragmatismo jurídico estará desinteressado em adotar essa ou aquela posição ideológica, simplesmente está interessado em verificar como, dentro do ambiente judicial, o direito está sendo concebido. Esta é, sem dúvida, uma posição prática, avaliativa, que volta seu olhar na observação de como o fenômeno ocorre, sem adotar uma determinada posição a respeito. Simplesmente observa e descreve. De fato, existe uma clara diferença entre a teoria jurídica e como o direito funciona na prática, como é realizado, e é este ponto que é explorado pelo método pragmático¹⁰⁴.

Todavia, o pragmatismo jurídico, apesar do tom prático e relativista, não descuida da observação de que o direito não está desprovido de infusões do contexto social no qual está posicionado. Esta é, portanto, a máxima consideração pragmática acerca da relevância social, de que o direito produzido pelos tribunais efetivamente exerce influência sobre todas as relações sociais, assim como estas desempenham um papel decisivo na construção do direito.

O pragmatismo jurídico, enquanto método, busca a análise de um comportamento judicial que revela o que é o direito através da forma como é criado, e a ciência jurídica, a seu turno, não é e nem pode ser uma ciência dotada de todos os conceitos que utiliza, de modo que não tem grandes pretensões omnicomprensivas. O direito sofre, portanto, influência de outras áreas do conhecimento científico que são tão significativas à construção das normas que regulam as condutas humanas quanto o direito jamais conseguiria produzir.

Dentro desse contexto, o método pragmático pode servir de base metodológica à conjugação com outros métodos que venham em auxílio a uma análise consequencialista das decisões judiciais, de modo a definir quais os critérios utilizados pelos juízes na hora de

¹⁰⁴ HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 137.

proferir uma decisão judicial e se tais critérios atendem minimamente a um padrão de justiça almejado.

Um desses métodos de análise consequencialista de condutas humanas é hoje intitulado Análise Econômica do Direito – *Economics Analysis of Law* – e tem por pressuposto básico unir postulados de análise de comportamento humano afeitos à metodologia aplicada à ciência econômica ao ambiente jurídico. Necessário se faz, portanto, como o método de análise econômica se aplica ao direito, assim como, enquanto método, deve ser pragmaticamente interpretada.

CAPÍTULO II – A ANÁLISE ECONÔMICA PRAGMÁTICA DO DIREITO

2.1. A necessária interdisciplinaridade como ambiente de relação entre direito e economia

Conforme já mencionado no capítulo anterior, o direito não tem grandes pretensões – e nem pode ter – de ser uma ciência ou ramo do conhecimento de caráter omnicompreensivo, que produza todos o conhecimento de que venha a lançar mão, razão pela qual não pode prescindir de agregar ao seu campo de domínio, conhecimento proveniente de outras áreas, até por uma questão de compreensão e envolvimento com a realidade social complexa que se propõe a regular.

Analisando a questão da interdisciplinariedade do conhecimento jurídico, do ponto de vista histórico-epistemológico, com a ascensão do juspositivismo, entendeu-se necessário desenvolver uma independência metodológica do direito e estabelecer a norma como seu objeto próprio, entendendo o direito efetivamente como um fato social, independente de ser justo, correto ou de qualquer outro atributo metafísico, o que incide na assertiva de que o direito efetivamente existe independentemente de tais atributos¹⁰⁵.

Em contraposição ao jusnaturalismo, o positivismo jurídico tinha por escopo repudiar ideias metafísicas e centrar seu objeto de pesquisa no que era empiricamente comprovável e logicamente dedutível. Assim, no contexto apresentado no fim do século XIX, o jusnaturalismo cedeu espaço no âmbito jurídico inicialmente às ideias de Kant e sua “Crítica à razão pura”, conforme já superficialmente esboçado em linhas anteriores, numa separação entre direito e moral, mas, principalmente, numa possível observação do fenômeno jurídico tanto sob a ótica abstrata como a partir de suas consequências práticas, numa possível união entre objeto cognoscente e objeto cognoscível sem o que o alcance do conhecimento era tarefa impossível.

¹⁰⁵ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 05.

Quanto à questão moral, a obra kantiana teve seu reflexo na percepção de que o jurista deveria afastar as questões de justiça da questão normativa tal como fora escrita, visto que as normas representam a vontade geral¹⁰⁶.

Nesse contexto, a proposta juspositivista, em ataque à Escola Histórica Alemã, de paradigma jusnaturalista, era observar cientificamente o direito como ele realmente é e não como deveria ser. Desse modo, o positivismo consolida as bases de uma distinção entre o plano ontológico, de análise positiva (o que o direito efetivamente é), e o plano deontológico-normativo (o dever-ser) do direito. Como a ciência jurídica era dotada de objeto próprio, qual seja, a norma jurídica, o direito passou a ser concebido sob uma visão formalista, enxergando o ordenamento como o resultado de conduta produzida pela vontade humana, cujo conteúdo era independente da moral ou de outros campos do conhecimento, tornando o direito um sistema lógico fechado no qual as regras guardariam entre si uma relação de coerência¹⁰⁷.

Entretanto, a par dos avanços metodológicos propiciados a partir de tal distinção, os juristas permaneceram sem um instrumental analítico que fosse adequado para avaliar os efeitos provenientes das decisões judiciais, adotando em sua prática ao exercício de análise e classificação das normas e regras em abstrato cujo principal instrumento era a hermenêutica, “atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas”.¹⁰⁸

Tal distanciamento do direito sob o prisma juspositivista provocou respostas adversas à doutrina até então dominante, procurando um maior espaço de liberdade de conformação normativa ao intérprete a partir da utilização de conhecimento proveniente de outras áreas, como forma de aproximar a ciência jurídica do contexto social que a circundava. Exemplo de tal reação foi o movimento do realismo jurídico norte-americano que, como já tratado, ao buscar um afastamento de formalismo exacerbado que engessava a jurisprudência, clamava pela interdisciplinariedade com outras ciências a fim de aproximar o direito à realidade social.

¹⁰⁶ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2ª Ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2008, p 47-54.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Comp. Nelson Morra, Trad. Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Editora Ícone, p. 32-35.

¹⁰⁸ GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (Org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 06.

Já nos países de tradição jurídica romano-germânica como o Brasil, a reação ao positivismo jurídico se deu de forma tardia, através do *neoconstitucionalismo*, movimento doutrinário de cunho pós-positivista. O contexto de surgimento e desenvolvimento do neoconstitucionalismo foi marcado pelo surgimento das constituições europeias no pós 2ª Grande Guerra, cuja boa parcela das normas tinham por característica a abertura e indeterminação semânticas que confrontavam com os tradicionais métodos hermenêuticos ao lado da subsunção¹⁰⁹.

Para Luis Roberto Barroso o grande marco filosófico neoconstitucionalista se deu a partir de uma busca pelo estabelecimento de um paradigma de reabilitação entre a razão prática e a argumentação jurídica, o que fora propiciado no período pós-positivista. Segundo o autor

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. [...] No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia¹¹⁰.

Assim, a necessidade de resolver frequentes tensões verificadas entre regras e princípios jurídicos, distinção esta que consubstancia o conflito que capitula o período conhecido como a

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 357-394.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Interesse Público, ano 07, nº 33, set-out 2005. Porto Alegre: Notadez, p. 13-55.

Jurisprudência dos Valores, fez surgir diversas teorias voltadas à prática judicial, evidenciando o papel do Judiciário, numa busca por uma razão prática, com preferência pela justiça do caso concreto e pela argumentação, que permitam soluções razoáveis aos chamados “casos difíceis”.

Tendo em vista o fortalecimento do papel da atividade judicial em função da consolidação e efetivação dos valores constitucionais, aos julgadores é crescente a necessidade de serem dotados de critérios extrínsecos à questão normativa que muitas vezes se tornam fundamentais no processo de tomada de uma decisão judiciais. Tais critérios, muitas vezes, são adotados com base em premissas extraídas de outros ramos do conhecimento, o que revela a suma importância da interdisciplinariedade ao direito.

Entretanto, Ivo Gico Jr assevera que apesar de sua preocupação com valores, o pensamento neoconstitucionalista ainda não está voltado à análise das reais consequências que determinada lei ou decisão judicial venha a ensejar¹¹¹.

O foco neoconstitucionalista tem sido, portanto, elaborar justificativas teóricas e abstratas que sirvam à flexibilização da lei ou a sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça pretensamente racional. Sendo assim, uma análise voltada às consequências através de instrumentos analíticos adequados para tal mensuração foram epistemologicamente colocados em segundo plano ou então foram deslocados para outras áreas do conhecimento com as quais o direito não estabelece contato. Nesse ponto, segue o autor ao afirmar que

Precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano¹¹².

¹¹¹ GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: *Direito e Economia no Brasil*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 07.

¹¹² *Op. Cit.* p. 11

Sendo assim, é nesse contexto que a Análise Econômica serve ao propósito de interdisciplinariedade de que o direito tanto carece, justamente por se apresentam no formato de um método de análise de condutas humanas que se enquadra dentro de uma proposta consequencialista.

Nesse sentido, Ricardo Lorenzetti, ao esboçar sua *Teoria da Decisão Judicial*, relaciona a análise dos efeitos sócio-econômicos de uma decisão judicial a um paradigma consequencialista como sendo uma solução válida nos casos em que a subsunção da norma ao caso concreto e a utilização dos cânones interpretativos do direito forem insuficientes à resolução do caso, visto que tanto o direito quanto a economia são ciências que se ocupam de condutas humanas, sendo que a diferença entre ambas provêm do enfoque dado por cada ciência a tal fenômeno¹¹³.

À primeira vista, a consideração da Análise Econômica do Direito dentro de uma proposta de verificação das consequências que determinada norma venha a produzir, permite inferir que seu propósito venha a ser a construção de uma metodologia voltada a compreensão de alguns fenômenos sociais de tal modo que permita a adoção de critérios racionais de formulação de decisões judiciais. Nesse quesito, se há relação direta entre as consequências de uma decisão judicial e a adequação da norma jurídica, a Análise Econômica de mostra, no mínimo, como um ferramental interessante dentro da proposta apresentada¹¹⁴.

Isso porque a AED, justamente por sua parte relacionada à ciência econômica, oferece um arcabouço teórico abrangente e mais robusto, cientificamente comprovável através de uma

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2ª edição ver. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 186.

¹¹² GICO JR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (Org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 12.

¹¹⁴ KLEIN, Vinícius. **Posner é a única opção?** In O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 174. A disciplina jurídica nasceu e passou a ser ministrada academicamente sob a expressão inicial *Law and Economics* – Direito e Economia, denominação prevalente nos estudos dispensados a esta matéria. Entretanto, a alcunha “Análise Econômica do Direito” foi proposta inicialmente por Richard Posner quando da apresentação de sua versão pragmática da disciplina, razão pela qual tal expressão atende melhor aos fins propostos no presente trabalho, tendo em vista a influência teórica da obra de Posner, assim como a abordagem pragmática que envolve a temática.

metodologia mais bem delineada, o que se mostra claramente superior em relação à intuição e ao senso comum, e que pode ser aplicada em todas as áreas ou ramos do direito, até mesmo nas que comumente não se relaciona tal forma de investigação. No mais, a Análise Econômica se mostra ferramenta eficaz justamente por se tratar de método de análise “forte” o suficiente para o teste e a comprovação de hipóteses sobre o impacto de determinada norma sobre o comportamento, o que lhe confere um caráter empírico de grande valia ao direito; e, por fim, além de ser não somente um método descritivo, mas um prognóstico da realidade normativa, o método da análise econômica ainda pode servir à verificação e justificação da existência de uma norma jurídica assim como a sua adequação nos moldes em que foi editada.

Visto que o direito não está imune à infusão de outras áreas do conhecimento científico e que a Análise Econômica do Direito se mostra um método interessante ao desenvolvimento de critérios racionais aplicáveis às decisões judiciais, dentro de uma perspectiva consequencialista, resta saber em que consiste o método assim como em que estão assentadas as suas premissas.

2.2. O que é a Análise Econômica do Direito?

Estudos desbravadores têm buscado uma sistematização do que vem a ser a Análise Econômica do Direito, disciplina que genuinamente provém do *common law* norte americano, a institutos jurídicos adeptos ao modelo do *civil law*.

O contexto de surgimento da Análise Econômica se deu na década de 1970, em oposição a uma visão utilitarista, surgindo três tendências substitutivas e críticas a tal visão, quais sejam, a própria *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), a *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito, a qual fora conduzida sob um viés político, e as teorias denominadas “rights-based”, as quais englobam todas as contribuições que derivam das teorias desenvolvidas no campo da filosofia moral e política por autores como Rawls, Nozick e Dworkin, cujo objetivo seria delinear os referenciais constitutivos de uma sociedade justa.¹¹⁵

¹¹⁵ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: Contribuições e desmistificações.** In: Revista Direito, Estado e Sociedade, vol. 09, nº 29, Jul-Dez 2006, p. 49-68.

Em relação à Análise Econômica do Direito, tal disciplina teve o início de sua consolidação em 1960 através dos estudos promovidos por Ronald Coase na obra *The Problem of Social Cost* no *Journal of Law and Economics*, artigo este no qual o autor analisa o problema do custo social dos efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas e as críticas ao papel intervencionista do Estado, além da publicação de obra de autoria de Guido Calabresi, outro expoente da Análise Econômica do Direito, intitulada *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, difundida em 1961 no *Yale Law Journal*, na qual o autor examina a distribuição do risco como critério de imputação da responsabilidade na teoria dos danos¹¹⁶.

A disciplina ou área de pesquisa intitulada *Direito & Economia – Law and Economics* -, ou *Análise Econômica do Direito*, na alcunha proposta por Richard Posner¹¹⁷, consiste basicamente na aplicação de ferramentas dispostas na teoria econômica, mais especificamente na microeconomia, aplicadas não somente a vertentes jurídicas de conteúdo mais aproximativo Economia, mas a ramos do Direito sobre os quais antes era sequer possível conceber um estudo investigativo dessa natureza, como o direito de família ou o direito penal¹¹⁸.

Ivo Gico Jr propõe elucidativa conceituação do que vem a ser a Análise Econômica do Direito nos seguintes termos:

A Análise Econômica do Direito nada mais é do que a aplicação do ferramental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a

¹¹⁶ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 28.

¹¹⁷ KLEIN, Vinícius. **Posner é a única opção?** O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 74.

¹¹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são *juseconomistas*¹¹⁹.

Ao fazer qualquer associação à economia, mentes pouco acostumadas com o ambiente econômico comumente rementem seu pensamento a questões financeiras, inflação, juros, barreiras tarifárias, regulação de mercado, etc. Entretanto, a primeira questão que deve ser clarificada é que a ciência econômica é, antes de tudo, uma ciência amplamente voltada às escolhas humanas e aos critérios utilizados na formulação de tais escolhas. Trata-se, pois, de uma teoria da escolha racional.

Dessa forma, se as condutas humanas envolvem escolhas, são passíveis de análise pelo método econômico, visto que o objeto da ciência econômica envolve toda forma de comportamento que implique a tomada de decisões¹²⁰. Se, por sua vez, envolve a análise do comportamento humano num processo de tomada de decisões, a Análise Econômica é cara ao direito na medida em que são tais comportamentos que são passíveis de regulação e, na medida em que são regulados, os efeitos de tal regulação agem incentivando ou retraindo novos comportamentos. Essa relação é possível, antes de mais nada, porque a economia é *método* de análise, do qual o direito pode se valer.

Dito de outro modo, A Análise Econômica do Direito está relacionada à aplicação do instrumental teórico oferecido pela ciência econômica justamente às circunstâncias que não se enquadram e nem se associam a questões eminentemente econômicas mas que a elas são reflexas, das quais resultam consequências jurídicas consideráveis e economicamente relevantes.

Cumprе ressaltar que enquanto o direito consiste, de modo essencial, na arte da regulação do comportamento humano, a economia, a seu turno, demonstra interesse no estudo

¹¹⁹ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 14

¹²⁰ *Op. Cit.*, p. 17

sobre como o ser humano toma decisões num ambiente de recursos escassos, além das consequências provenientes de tais escolhas¹²¹. Assim é que a associação do direito à economia é, sobretudo, um exercício de interdisciplinaridade, voltado à ampliação do alcance e implementação do direito para além dos limites da norma.

Questionamentos que envolvem a vida cotidiana, assim como as condutas mais triviais do ser humano são o objeto de estudo da ciência econômica. Cada questionamento envolve uma escolha que, por sua vez, é passível de análise pelo método econômico. Quando se fala em análise econômica de determinado instituto, não se deduz dessa assertiva um objeto específico, mas um método investigativo cujo objeto afim envolva qualquer questão que trate de escolhas humanas.

Essa metodologia, quando aplicada ao direito, põe à prova a adequação de regras e institutos que constituem a pedra de toque da ciência jurídica. Assim sendo, o *Direito & Economia* deve observar o fenômeno jurídico sob a ótica das consequências que possa produzir. Partindo de uma análise consequencialista que uma decisão judicial possa alcançar, tais efeitos podem servir como incentivo ou desestímulo a condutas humanas.

A Análise Econômica do Direito é útil na formulação de critérios tendentes a elucidar questões que envolvam uma abordagem mais descritiva da realidade, ou seja, quais seriam as consequências da formulação e aplicação de uma determinada regra jurídica e, dentre tantas as possibilidades de interpretação subsidiadas pela hermenêutica, qual seria a melhor regra a ser aplicada.

Dessa forma, tem por escopo, não só antever os possíveis resultados a serem alcançados no âmbito das decisões judiciais, como, a partir de mecanismos localizados na área econômica, desenvolver comportamentos a serem utilizados pelos aplicadores do direito.

Ocorre que, apesar de a ciência econômica ser dotada de arcabouço teórico e metodológico mais bem delineado do que outras ciências humanas¹²², esta promissora simbiose entre direito e economia nem sempre é das mais fáceis e realizáveis.

Nos dizeres de Bruno Salama, as discrepâncias entre as duas ciências são claramente

¹²¹ *Op. Cit.* p. 18

¹²² *Op. Cit.* p. 18

visíveis. Enquanto o Direito é hermenêutico, a Economia é empírica; enquanto o direito é verbal, a economia é essencialmente matemática; enquanto esta se pretende científica, aquele aspira ser justo.¹²³ Nesse ponto, a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é tão simples porque suas metodologias são bastante discrepantes e encontram linhas de congruência tênues, entretanto, tanto o direito quanto a economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade¹²⁴.

Assim sendo, na opinião de Luciano Timm, boas e breves razões para se promover uma aproximação entre direito e economia são, em primeiro lugar, porque a economia é uma ciência cuja metodologia suporta descrever de maneira adequada o comportamento dos seres humanos em interação, o que se mostra um fator relevante para a vida em sociedade. Decorre desta assertiva que a economia é uma ciência comportamental que atingiu considerável padrão científico em função do grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, o mais importante é que a ciência econômica preocupa-se com a noção de eficiência no manejo dos recursos sociais, a fim de atender de modo ótimo a ilimitadas necessidades humanas¹²⁵.

Nesse aspecto, o atributo de maior relevância na incorporação das premissas metodológicas da Análise Econômica do Direito é a sua clara preocupação em otimizar os recursos disponíveis, visto que são escassos e limitados, para atender a uma infinidade de necessidades humanas ilimitadas, o que ganha uma dimensão maior quando se trata de implementação e efetividade de direitos fundamentais, visto que, assim como qualquer direito, demanda um custo para a sua realização. Desta feita, importante se faz conhecer as premissas elementares em que está assentado o método em questão.

¹²³ *Op. Cit.* p. 19

¹²⁴ COOTER, Robert. **The confluence of justice and efficiency in Economic Analysis of Law** in PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles (eds.) *The Origins of Law and Economics, Essays by the Founding Fathers*, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 222-240. *Apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

¹²⁵ TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais:** Uma perspectiva em Direito e Economia. In *Direito e Economia*. Luciano Benetti Timm (Org.). Curitiba: Livraria do Advogado, 2012, p. 44-73

2.3. Características metodológicas da Análise Econômica do Direito – subdivisões e principais postulados.

O método da Análise Econômica do Direito é investido em sistematização própria, o que lhe permite o enfoque a depender tanto das consequências que uma determinada regra ou conjunto de regras, que uma vez aplicados, venham a ensejar, assim como sua adequação, ou o questionamento acerca de qual regra jurídica deverá ser adotada diante de uma dada conduta apresentada no caso concreto, de modo que a decisão produzida com base nessa regra deva ser tomada como uma decisão eficiente.

Assim sendo, o método de Análise Econômica é bipartido em duas grandes bifurcações ou áreas de abrangência: A Análise Econômica do Direito *Positiva* ou *Normativa*. Assim como em qualquer ciência, a Análise Econômica do Direito leva em consideração uma distinção normativa entre o plano ontológico (o *ser*) e o plano deontológico (o *dever-ser*), sendo o primeiro relacionado a um critério de verdade baseado numa realidade fática existente, e o segundo num critério valorativo.

Desse modo, há uma diferença entre o que está no mundo dos fatos e que, portanto, poderá ser investigado e comprovado através de métodos de investigação científicos e cujos resultados podem ser falseados, o que se dá o nome de Análise Econômica do Direito Positiva, e o que depende de um juízo valorativo, o que não é passível de investigação empírica, comprovação ou falsificação, mas se dá num plano de abstração, o que é chamado de Análise Econômica do Direito Normativa ¹²⁶.

Assim, a vertente de Análise Econômica positiva, de modo geral, trata de um exercício de aferição da eficiência das decisões judiciais, através de uma atividade preditiva, prognóstica. Em aproximação ao método pragmático, já trabalhado, a Análise Econômica positiva busca observar o impacto de diferentes posturas legais adotadas, e através das consequências, o tracejo de uma norma jurídica como sendo eficiente. A vertente positiva da Análise Econômica é, sobretudo, preditiva, analisa o comportamento judicial como forma de antever comportamentos futuros.

¹²⁶ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15.

No ensejo, as ferramentas metodológicas afeitas à economia podem ser aproveitadas para prever as consequências que a produção de determinada norma jurídica venha a ensejar, e ainda, descrever os prováveis efeitos que a norma tenderá a produzir sobre o comportamento social¹²⁷. De todo modo, de acordo com a vertente positiva, o analista ou intérprete não deterá condições de oferecer quaisquer sugestões acerca de como a decisão deveria ou deverá ser tomada, assim como não poderá opinar em relação à operacionalização de qualquer política pública, o que é deixado ao campo da Análise Econômica do Direito Normativa. O máximo que poderá fazer o intérprete, ao aplicar a AED Positiva, é identificar, dentro das alternativas oferecidas pela hermenêutica, possíveis soluções normativas, identificando as prováveis consequências de cada uma¹²⁸.

Acerca da AED Positiva, Ricardo Lorenzetti considera que

a economia positiva pretende descrever a realidade a fim de construir um campo conceitual preditivo. Não se propõe o que deve ser, mas o que é e o que acontecerá. Nesta concepção, a economia positiva é uma ciência empírica cujo objetivo final é o desenvolvimento de uma “teoria” ou “hipótese” que gere prognósticos válidos acerca dos fenômenos ainda não observados¹²⁹

Com efeito, quando se aplica o cabedal econômico ao direito através da linha positiva, o intérprete não poderá determinar maneiras ou definir critérios segundo os quais a sociedade será conduzida, nem poderá relevar qualquer condição de justiça afeita à distribuição de recursos ou solução da demanda, ao revés, nesse plano não há qualquer pretensão regulatória. Trata-se, de fato, de uma análise ou diagnóstico de como as diferentes condutas normativas podem influenciar na formação de decisões futuras, assim como no comportamento social

¹²⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

¹²⁸ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17.

¹²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2ª edição ver. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 192.

como um todo.

A Análise Econômica do Direito Normativa, noutra passo, tem por escopo a regulação de modelos que analisem as situações econômicas alternativas daquelas produzidas no ambiente de mercado, de modo a avaliar, *in abstracto*, as diferenças entre os possíveis efeitos e um dever-ser. De acordo com tal vertente, portanto, o direito passa a exercer uma função regulatória do mercado, corrigindo suas imperfeições¹³⁰.

Assim, o intérprete estará diante da possibilidade de realizar uma análise normativa se, e somente se, o critério normativo com base no qual as alternativas de ação devem ser ponderadas estiverem previamente estipulados, isto é, a AED normativa auxiliará a escolher, dentre as alternativas possíveis, qual será a mais eficiente, ou seja, o melhor arranjo institucional dado uma orientação normativa previamente definida, e nesse sentido, qualquer objetivo pode servir de guia para uma análise normativa, desde uma melhor alocação de recursos públicos escassos até mesmo a conciliação de casais em crise como forma preventiva de divórcios contenciosos¹³¹.

Ivo Gico Jr observa que muitas vezes os juristas “estão tão acostumados a pensar em termos normativos e a discutir questões em termos valorativos, que seus argumentos em debates públicos ou privados sobre questões relativamente simples flutuam com extrema facilidade entre um campo e outro, a ponto de – muitas vezes – se tomar um argumento normativo como positivo e vice-versa”¹³².

Contudo, dado o delineamento firme e distintivo entre a proposta de Análise Econômica Positiva ou Normativa do Direito, tem-se que a vertente Positiva atende melhor aos fins propostos no presente trabalho, visto sua congruência ao método pragmático, através do fator de descritiva e preditiva da realidade judicial. Sendo assim, uma análise positiva ajuda a compreender, no enfoque proposto, o que é a norma jurídica, assim como se onde decorre sua racionalidade e quais são os efeitos dela decorrentes.

Para dar início ao trabalho para o qual é proposto, o método de Análise Econômica do

¹³⁰ *Op. Cit.* p. 193.

¹³¹ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 18.

¹³² *Op. Cit.* p. 16.

Direito parte de alguns postulados elementares e essenciais. Nesse sentido, considera-se que os intérpretes ou juristas iniciem suas análises de algum ponto inicial, ou pressuposto. Tradicionalmente, partem da premissa de que o direito é um superconjunto de normas jurídicas e nesse caso, o instrumental básico de pesquisa será a hermenêutica. A partir de tais assertivas, tem-se, portanto, que o objeto de análise do intérprete será identificar o alcance e conteúdo de tais normas jurídicas que compõem o direito¹³³.

Assim sendo, a Análise Econômica do Direito se consubstancia numa tentativa de fornecer ao pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os efeitos de tais regras no alcance de resultados eficientes provenientes das mesmas. Nesse espectro, a AED reconhece a imperfeição do pensamento jurídico tradicional em referência a objetivos enquanto métodos de estudo, mas assegura que a argumentação doutrinária pode ser complementada pela análise econômica com vistas a conferir maior objetividade e precisão ao processo de tomada de decisões¹³⁴.

Noutro passo, a Análise Econômica aplicada ao direito parte do pressuposto de que o aos seus preceitos, e tais regras atuam sob a forma de incentivos. Desta maneira, a abordagem analítica da AED funcionará de forma a investigar e elucidar as causas e consequências comportamentais diante de uma dada regra, assim como o comportamento poderá ser modificado caso tal regra seja alterada¹³⁵.

Tal atuação parte de alguns conceitos ou postulados básicos que devem ser clarificados a quem se propõe a trabalhar com o método de Análise Econômica do Direito, quais sejam, as noções de *escassez*, *custos de transação* ou *custos de oportunidade*, *maximização racional*, *incentivos*, *equilíbrio*, e, como já mencionado, *eficiência*.

A primeira noção, a de *escassez*, traz consigo a premissa de que o homem vive num ambiente no qual os recursos são escassos, finitos. Isso quer dizer que dadas as infinitas possibilidades de alocação de recursos em função das infinitas necessidades humanas, a

¹³³ *Op. Cit.* p. 18

¹³⁴ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 176-177.

¹³⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

designação de recursos envolve necessariamente uma escolha, visto que nunca será possível atender a todas as necessidades simultaneamente.

Doutra parte, a ideia de escassez não somente é a mola propulsora do mercado, visto que se envolve escolhas, envolve condutas designativas de tais escolhas, como atua como fator de impulsão do direito: se há escolhas, há conflitos, e se não houvesse conflitos, por sua vez, não haveria a necessidade do direito para compô-los. De modo que a ideia de escassez vem paulatinamente tomando assento jurisprudencial quanto à matéria de realização de direitos fundamentais, mormente quanto à postura garantista com a qual o Judiciário de modo geral tem desenvolvido seu posicionamento, com fulcro nas garantias estabelecidas na Constituição de 1988.

Pois bem. Se a escassez de recursos pressupõe a necessidade de formulação de escolhas a fim de garantir uma otimização na aplicação de tais recursos, toda escolha pressuporá, por sua vez, um custo a quem tenha que formulá-la. Por vezes este custo nem será pecuniário, mas poderá ser aferido por qualquer sacrifício voluntário que o indivíduo tenha que fazer em prol da utilidade que por ele é pretendida. Assim sendo, o *custo de transação* ou *custo de oportunidade*, ou ainda, um *trade-off* é a utilidade que um indivíduo gozaria, mas que foi preterida para conseguir o benefício da utilidade almejada¹³⁶.

Qualquer utilidade, seja material ou imaterial pode ser traduzida num custo de transação. Seja o tempo, dinheiro, esforço físico, bens móveis ou imóveis, qualquer coisa que possa ser traduzida numa utilidade, deverá ser convertida num *trade-off* que passa a ser aferido pelo método econômico. Cada centavo ou minuto gasto numa determinada coisa é o mesmo centavo ou minuto que poderia ser gasto numa outra atividade ou bem de consumo¹³⁷. A ideia de custo de oportunidade envolve a noção de sacrifício. Basta imaginar quantas páginas de um livro poderiam ter sido lidas ao invés de ter passado uma tarde no cinema, ou ainda, quantas mercadorias deixarão de ser produzidas quando o maquinário de uma fábrica ficar parado para manutenção.

Com relação à análise do comportamento humano, a questão do custo de oportunidade

¹³⁶ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 5ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 54.

¹³⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

está diretamente ligada ao que a ciência econômica destaca como sendo a *racionalidade limitada*, ou seja, a aptidão humana e o intuito de calcular custos e benefícios a cada ação ou decisão, assim como a impossibilidade do indivíduo de perceber e contemplar a realização de tais aferimentos probabilísticos, tendo em vista que os processos decisórios são consumados num espaço de tempo mínimo¹³⁸.

Considerando o fator comportamental, a análise de custos e benefícios a cada decisão a ser tomada faz com que os indivíduos adotem uma postura *racional maximizadora*, ou seja, ao realizarem transações, os agentes agirão de modo a sopesar custos e benefícios e o farão da maneira que venha a proporcioná-los o maior bem-estar possível. A maximização racional significa, portanto, que todos os indivíduos farão escolhas que potencializem o seu bem-estar, o que quer dizer que irão procurar obter os maiores e melhores benefícios aos menores custos¹³⁹.

O comportamento racional maximizador está presente numa enorme gama de ações, e na seara jurídica pode ser traduzido no comportamento de legisladores e magistrados. Num exemplo dado por Richard Posner, o processo de edição de uma lei não é senão uma transação que irá obedecer a diversos interesses: internos, visto que os parlamentares terão de barganhar apoio político para a aprovação de seu projeto e suas campanhas, assim como externo, visto que o projeto, uma vez tornado lei, irá atender aos interesses de determinadas classes em detrimento de outras. Uma vez em vigor, a nova lei será objeto de interpretação pelos juízes, que, por sua vez carrearão seus argumentos a fim de conferir sustentáculo às suas decisões. No mais, o custo da edição de uma lei é muito alto se comparado ao custo de uma interpretação judicial. Sendo assim, o Judiciário se torna instância de afirmação legislativa, enaltecendo ainda mais o seu papel¹⁴⁰.

A questão da maximização racional encontra sustentáculo numa postura atribuída ao método econômico que se convencionou chamar de *individualismo metodológico*, o que para

¹³⁸ PESSALI, Huáscar Fialho. **Custos de Transação**. In O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83.

¹³⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

¹⁴⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 474.

alguns sugere um problema metodológico não superado pela teoria econômica, de que esta considera uma proposta individual e não coletivista da sociedade. Entretanto, deve-se notar que a ciência econômica é calcada em modelos analíticos que lhe permite a observação em determinado contexto. O individualismo metodológico significa que deve-se entender primeiramente os comportamentos individuais, no sentido de um indivíduo ou de determinado grupo de indivíduos para possível a compreensão do comportamento social representado naquele segmento.

Cumpra a ressalva de que o individualismo metodológico trata-se de um conceito enraizado na vertente neoclássica da Análise Econômica do Direito, que reflete uma posição reducionista e orientada por uma racionalidade maximizadora incorporada de forma objetivada em seus modelos, em contraposição à Escola Econômica Austríaca, que possui uma concepção subjetiva dos custos em seus modelos¹⁴¹, e que contra ele pesam severas críticas de parcela da doutrina especializada, contrapondo o conceito de individualismo metodológico à racionalidade conferida ao método de análise.

Os pressupostos comportamentais adotados na teoria econômica—sobre tudo na abordagem neoclássica—refletem uma “*psicologia econômica*” fundamentalmente reducionista e orientada por postulados de diferentes versões de individualismo metodológico (IM). A racionalidade é exemplo da fragilidade empírica dos princípios sobre os quais se alicerça a teoria microeconômica tradicional. Assumindo que o comportamento do indivíduo e da firma—enquanto unidades isomorfas de análise—é norteado por uma racionalidade maximizadora, a microeconomia neoclássica abre espaço a discussões que não se limitam à esfera do econômico.

[...] Adotando o *homo aeconomicus* como elemento de análise, a CE [Ciência Econômica] restringe suas investigações ao comportamento econômico dos agentes. [...] Oscilando entre descritivo e normativo, o conceito de racionalidade transforma o homem econômico em unidade básica de análise, uma vez que a racionalidade utilitarista e egoísta do homem econômico, inspirada na racionalidade kantiana, “[...] o indivíduo como sujeito único, único criador e fim último da racionalidade de seus atos...” é hipótese indispensável para construção de uma teoria de equilíbrio nos moldes clássicos¹⁴².

¹⁴¹ HOFMANN, Ruth Margareth. e PELAEZ, Vitor. **A Tendência Axiomática da Racionalidade Econômica no Contexto da Oposição entre Individualismo Metodológico e Estruturalismo**. In: Revista Análise Econômica, Porto Alegre, ano 28, n. 53, p. 99-127, mar. 2010, p. 103. No mesmo sentido, vide CHAFIM, Fernando. e KRIVOCHEIN, Conrado. **Contribuições à crítica do individualismo metodológico na Economia**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11575>. Acesso em 29/01/2014.

¹⁴² HOFMANN, Ruth Margareth. e PELAEZ, Vitor. *Op. Cit.* p. 100.

Assim sendo, a noção de individualismo metodológico aplicada ao método de análise econômica provoca um engessamento da análise proposta na medida em que a concentra numa proposta reducionista de mercado, sem consideração de suas proporções no âmbito macroeconômico e social. Contudo, Lorenzetti adverte que a Análise Econômica utiliza o mercado enquanto modelo de determinação de recursos, e que tal conceito não é utilizado na sua função real, mas de acordo com um modelo teórico-hipotético. Desse modo, segundo o autor, a utilidade do modelo está justamente na sua maleabilidade e na sua capacidade de predição em contrapartida¹⁴³.

A sistematicidade do modelo, por sua vez, denota uma inter-relação entre os elementos, de modo que uma alteração em qualquer deles permitirá a observação do modo em que todo o conjunto será transformado. O modelo é categoricamente formal porque dele deverão ser extraídos as leis daquele sistema social, mas sem um juízo valorativo de justiça ou injustiça¹⁴⁴.

Sendo assim, considerando ser este um aspecto metodológico utilizado pela economia e que é baseado num modelo de análise, é fácil entender que é menos complicado seccionar parte do objeto a fim de observar sua dinâmica de funcionamento do que observá-lo em sua grandiosidade. Não se trata, pois, de uma posição individualista no sentido de não altruísta ou de não levar em consideração o bem-estar social¹⁴⁵, pelo contrário. Trata-se apenas de uma opção metodológica a fim de facilitar os caminhos à análise do objeto pesquisado.

Na mesma esteira de raciocínio, quando ocorrem transações no ambiente mercadológico, ou seja, quando todos os indivíduos estiverem maximizando racionalmente seus interesses, estes irão barganhar e realizar trocas até que os custos sejam estabilizados pelos benefícios auferidos por cada um e não seja mais necessário realizar nenhuma troca. É neste momento em que a teoria econômica considera que as relações num ambiente de mercado se encontram em *equilíbrio*.

Reconhece-se, portanto, o conceito de equilíbrio para explicar o estado em que não

¹⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2ª edição ver. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 195.

¹⁴⁴ *Op. Cit.* p. 196.

¹⁴⁵ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23.

será possível melhorar a situação de nenhum indivíduo em atividade de transação, sem piorar a situação de um outro. O conceito de equilíbrio pode ser representado através do esquema representativo de eficiência paretiana, ou o “Ótimo de Pareto”. De acordo com tal concepção, uma alocação será ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar outras alocações ótimas no mesmo sentido, vale dizer, uma situação será ótima quando nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua¹⁴⁶. Isso quer dizer que o conceito de equilíbrio nas transações guarda necessária relação com o último dos postulados afeitos à Análise Econômica, qual seja, a *eficiência*.

Em termos paretianos, o mercado estará em estado de equilíbrio quando não for possível realizar mais nenhuma transação ótima. Isso quer dizer que o resultado produzido em razão de todas as transações conseguiu eliminar todos os desperdícios, sendo, portanto, uma situação eficiente, visto que constitui ótimos de Pareto¹⁴⁷.

Tendo em vista os elementos que constituem a essência do método de análise econômica do direito, cumpre analisar os diversos contributos que a metodologia da ciência econômica tem a oferecer à análise dos fatos sociais tão caros ao direito, como analisar o que o pragmatismo jurídico tem a oferecer enquanto método de análise a ser conjugado ao Direito & Economia, a fim de serem observados resultados mais satisfatórios no que diz respeito à produção de decisões judiciais mais eficientes.

Para tal intento, é de grande valia alguns perfilhamentos sobre a evolução da obra de Richard Posner, expoente da Análise Econômica do Direito, desde a fase em que considera os critérios de *eficiência* e *maximização da riqueza* enquanto calcanhares éticos do direito e, sobretudo, a partir do período correspondente à década de 1990, quando atinge a fase amadurecida de sua obra, na qual se autodenomina um pragmatista moderado¹⁴⁸, compreendendo principalmente os contributos do pragmatismo jurídico aos preceitos econômicos aplicados à ciência jurídica.

¹⁴⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

¹⁴⁷ GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21

¹⁴⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 475.

Nessa segunda fase mais difundida e menos criticada da Análise Econômica do Direito de Posner, cumpre analisar o que significa o critério de maximização da riqueza pragmaticamente interpretado, acentuando o que esse método de análise de custos e benefícios proposto na análise econômica pode servir à ciência jurídica.

2.4. O Direito & Economia e o critério fundacional da “maximização da riqueza” de Richard A. Posner

Uma teoria de justiça precisa eleger como princípios noções fundamentais sobre aquilo que é bom e é justo, e este deve consistir em seu ponto de partida¹⁴⁹. Um grande problema no enlace das duas disciplinas com formulações metodológicas tão destoantes seria, portanto, encontrar à disposição, na ciência econômica, critérios de justiça que fossem atraentes ao direito.

Em meados da década de 1970, Posner começou a tecer sua obra sobre aquilo que notadamente seria o ponto nodal da sua disciplina: Os pilares do ordenamento jurídico norte-americano evoluíam e deveriam evoluir no sentido da máxima da eficiência. Essa, portanto, deveria servir como critério de justiça, uma vez que a *Common Law* tinha se desenvolvido a ponto de seus institutos proverem incentivos para uma maior eficiência econômica¹⁵⁰. Este argumento se reproduziu nos moldes daquilo que Posner denominou de teoria da “maximização da riqueza”.

Em síntese, a teoria de Posner pode ser resumida na ideia de que “o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização da riqueza da sociedade”¹⁵¹. Assim sendo, as normas jurídicas tendentes à promoção da maximização da

¹⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de Filosofia política.** Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 04

¹⁵⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner.** Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

¹⁵¹ *Op. Cit.*

riqueza funcionam como incentivos a condutas tidas como eficientes e, desse modo, são justas; aquelas que não observam este parâmetro, por sua vez, são injustas. Isso nos levaria a crer que a ideia de maximização da riqueza teria o caráter de fundamento ético do Direito¹⁵².

Não se pode perder de vista o fato de que para o autor, as regras e interpretações delas decorrentes atuam como incentivos a comportamentos no ambiente de mercado, mas a este, segundo Posner, não se resumem. O homem é um ser social dotado de racionalidade, e, portanto, capaz de discernir e formular escolhas de acordo com seus interesses¹⁵³.

Não se pode descuidar do fato de que Posner utiliza o critério de racionalidade como um instrumento para a formulação de hipóteses¹⁵⁴, assim sendo, os mais triviais comportamentos humanos – desde o casamento até a prática de uma conduta delituosa – constituem escolhas, e estas, por sua vez, são meios de satisfação das preferências dos indivíduos, muito embora, no mais das vezes, o façam inconscientemente¹⁵⁵. Tais preferências, uma vez conjugadas, devem promover a maximização da riqueza da sociedade de alguma maneira.

Dadas tais considerações, a teoria eficientista de Posner pode ser sintetizada como um misto de duas tradições filosóficas, sendo a primeira delas o utilitarismo, a qual consubstancia a ideia de que os modais “certo” e “errado”, bem como aquilo que é classificável como “bom” ou “ruim” está em sua capacidade de gerar felicidade e bem-estar ao maior número de pessoas possível¹⁵⁶. Nos dizeres do próprio Richard Posner em sua obra *A Economia da Justiça*, “o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade [...] acumulada por todos os habitantes...”. Trata-se, portanto, de um

¹⁵² *Op. Cit.*

¹⁵³ *Op. Cit.*

¹⁵⁴ *Op. Cit.*

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pág. 474.

¹⁵⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

critério de “maximização da utilidade”¹⁵⁷.

A segunda corrente considerada por Posner na elaboração de sua teoria é o Kantismo ou corrente deontológica, segundo a qual as propriedades ou valores do que é justo ou injusto estão em princípios orientadores das condutas dos indivíduos e não propriamente nos resultados delas provenientes. Trata-se de um amplo grupo de teorias centradas na ideia de que existem coisas que são terminantemente erradas e por isso mesmo devem ser rechaçadas independentemente do bem que possam fazer à sociedade¹⁵⁸.

A partir do Kantismo, enxergado de um modo peculiar e não tão restrito às ideias proeminentes de Immanuel Kant, Posner procura desconsiderar aquilo que chama de “fanatismo kantiano” – o que remete a sua objeção a concepções que devem ser absolutamente objurgadas, como dito anteriormente -, elevando a condição de autonomia dos indivíduos sob a justificativa de que, uma vez no ambiente de mercado, as transações interindividuais são voluntárias¹⁵⁹.

Muito embora seus críticos tenham entendido a teoria posneriana da maximização da riqueza senão como mais uma faceta do utilitarismo, com tal teoria não se confunde. Como o autor assevera, sua teoria pode ser considerada, simplesmente, como misto daquilo que de mais proveitoso pode ser extraído das duas correntes acima mencionadas. Seu método “consiste em igualar economia e igualitarismo e depois atacar este último”¹⁶⁰.

Do utilitarismo, vale registrar, o magistrado norte-americano reteve a noção de consequencialismo, procurando abstrair a ideia utilitarista de que a sociedade deve ser enxergada como uma única célula cujo bem-estar só é válido se for aproveitado ao bem-estar

¹⁵⁷ POSNER, Richard A ., **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 59.

¹⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

¹⁵⁹ *Op. Cit.*

¹⁶⁰ POSNER, Richard A ., **A Economia da Justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 58

de todo o organismo, desprovendo seus integrantes de seu caráter único e individual¹⁶¹. Conforme lecionado por Roberto Gargarella, “o utilitarismo tende a ver a sociedade como um corpo, no qual é possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes”¹⁶².

Gargarella segue asseverando que “o utilitarismo sugere considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados, independentemente do conteúdo específico das reivindicações particulares de cada um deles”¹⁶³. Em outras palavras, o autor evidencia que, sob o argumento de proporcionar bem-estar e utilidade ao maior número de indivíduos possível, uma escolha que privilegie condutas de conteúdo questionável como o sacrifício de minorias estaria em pé de igualdade com uma argumentação favorável à preservação de direitos e liberdades individuais.

Do consequencialismo de cário Benthamiano, Posner tenta reproduzir a ideia de que os indivíduos são maximizadores de seu bem-estar, conforme anteriormente frisado. No mais, o autor acredita que felicidade é um critério de difícil mensuração, portanto, passível de substituição pela riqueza, aferível em padrões monetários¹⁶⁴.

A grande questão a ser enfrentada acerca da eficiência enquanto padrão de criação e interpretação do Direito é se tal critério pode efetivamente refletir a noção de justiça almejada. A eficiência poderia, assim, constituir um padrão de moralidade? Esse foi, sem dúvida, o questionamento que despertou a grande polêmica em torno do critério fundacional de maximização da riqueza.

Os críticos à obra de Posner enfatizaram diversos aspectos sobre os quais a aplicação da eficiência como vetor fundamental à formulação e interpretação do Direito se faria impraticável. Primeiramente, a ciência econômica seria falha na sua pretensão de prever comportamentos mercadológicos com grande precisão, e fora da região de mercado, os

¹⁶¹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de Filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008., p. 08.

¹⁶² *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁶³ *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁶⁴ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 87

resultados seriam ainda mais inexatos e catastróficos¹⁶⁵.

Outro ponto de fricção seria a metodologia utilizada por Posner na formulação de hipóteses para as análises em sua pesquisa. A análise econômica não fornece hipóteses que possam efetivamente ser testadas empiricamente, e ainda que o fossem, não haveria dados suficientes ao levantamento empírico de confirmação de tais hipóteses, ou os resultados provenientes da investigação não seriam de todo confiáveis¹⁶⁶.

No mais, as hipóteses conducentes à maximização da riqueza não carregam a noção de “falsificabilidade”, uma vez que consideram modelos ideais de comportamento ao invés de dados empíricos efetivamente comprováveis. No mesmo sentido, os dados referentes à teoria eficientista não possuem um sentido prático, bem como são desprovidos de valor histórico, visto que não levam em consideração as variantes dos mais diversos sistemas culturais existentes¹⁶⁷.

Vale ressaltar que a maximização da riqueza atenderia ao argumento utilitarista de valoração de acordo com a proporção de felicidade e bem-estar propiciada ao maior número de indivíduos ou à sociedade. O ponto de similaridade entre as duas teorias filosóficas que engendra a referida discussão e as conseqüentes críticas em relação às mesmas, gira em torno da possibilidade, tanto da teoria eficientista quanto a utilitarista, de servirem como referencial que justifique práticas consideradas repugnantes, mas que, num contexto de maximização de utilidade a um grande contingente, seriam plenamente justificáveis¹⁶⁸. São conhecidos exemplos afeitos ao referido argumento utilitarista a justificação de regimes totalitaristas e o sacrifício de alguns indivíduos em detrimento de uma coletividade.

Note-se que, ainda que inconscientemente ou não deliberadamente, pelo menos, os indivíduos tendem a favorecer soluções utilitaristas quando postos em confronto com uma

¹⁶⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

¹⁶⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

¹⁶⁷ *Op cit*

¹⁶⁸ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de Filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008., p. 06

dúvida na hora de decidir¹⁶⁹.

Nos casos acima mencionados, embora de todo modo cause certo impacto, a primeira vista parece razoável pensar que para salvar um setor industrial da bancarrota, um determinado grupo trabalhadores tenha que perder seus empregos. Ao final, a riqueza da sociedade seria maximizada, tendo em vista a preservação de milhares de outros empregos com a medida adotada. Circunstância ainda mais dramática que enseja o mesmo raciocínio seria o exemplo em que a vida de uma criança fosse preterida em favor da salvaguarda da vida de cinco adultos, caso houvesse a necessidade premente de fazer tal escolha. De todo modo, o benefício proporcionado a cinco indivíduos, ainda que pareça odioso sacrificar a vida de um ser indefeso, maximizaria, de modo geral, uma utilidade proporcionada à sociedade.

Sem dúvida, a crítica mais contundente à teoria fundacional da maximização da riqueza, e que induziu, de certo modo, a “virada” na carreira de Posner, veio de Ronald Dworkin, em seu artigo intitulado *Is wealth a value? – “A riqueza é um valor?”* -, no qual expõe veementemente que a maximização da riqueza não é um valor em si mesmo, por isso, inservível enquanto fundamento de elaboração do Direito, haja vista o fato de uma teoria jurídica necessitar de valores¹⁷⁰. Desta feita, ainda que se tratasse a eficiência como valor seria, portanto, um valor “repugnante à maioria das pessoas”, não passível de ser um norte para a criação de políticas públicas e do Direito de um modo genérico¹⁷¹.

As inúmeras críticas fizeram com que Posner não mais sustentasse sua argumentação em torno da eficiência enquanto fundamento ético do Direito até quando, no início da década de 1990, em sua obra *Problemas de Filosofia do Direito (The Problems of Jurisprudence)*, o autor humildemente revisitou seu posicionamento. O filósofo norte-americano concluiu que

“[...] Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela [em referência à teoria da maximização da riqueza] concluem que se trata de uma teoria

¹⁶⁹ *Op. Cit.*, p. 07

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* The Journal Of Legal Studies, Vol. 9, n. 2. Change in Common Law: Legal and Economic Perspectives. PP. 191-226. Disponível em: blogs.law.harvard.edu/hltf/files/.../dworking.pdf Acesso em: 14 de julho de 2012.

¹⁷¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta...”¹⁷².

Assim é que, muito embora Posner reconhecesse que a maximização da riqueza não fosse um guia ideal à construção de uma teoria jurídica, o autor ainda considera que um novo delineamento à noção de eficiência poderia ser bastante útil ao Direito, ainda que não fosse seu fundamento primeiro, ou seja, a solução encontrada por Posner foi enxergar a maximização da riqueza como um critério instrumental, interpretando-o pragmaticamente, dando novos rumos, mais bem receptíveis à sua teoria.

2.5. A Análise Econômica Pragmática do Direito – uma simbiose entre os métodos de investigação econômico e pragmático

Como dito em linhas anteriores, Posner reformulou seu pensamento em bases pragmáticas, relacionando a maximização da riqueza, ponto nodal de sua obra, com a instrumentalidade. Resta, portanto, indagar o que isto quer dizer. O que significa, portanto, interpretar pragmaticamente a maximização da riqueza? E quais contributos a maximização da riqueza (pragmaticamente interpretada) tem a oferecer à disciplina que representa a inter-relação entre o Direito e a Economia?

A *maximização da riqueza*, para o Posner pragmático, serve para mostrar, com base simplesmente num critério de custo-benefício mais facilmente aferível do que os métodos de verificação aplicáveis aos fatos sociais, se uma norma ou institutos jurídicos são eficientemente contemplados no ordenamento, sem que isso implique na necessidade de traduzir todas as questões jurídicas em questões econômicas.

Para tal intento, Posner parte do pressuposto de que os indivíduos são maximizadores racionais de suas necessidades, o que fazem natural e inconscientemente, e não como

¹⁷² POSNER, Richard A. . **Problemas de Filosofia do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 503.

detestáveis “homenzinhos econômicos”¹⁷³, que reformulam cálculos e possibilidades deliberadamente a cada nova escolha a ser formulada. Até aí não nos deparamos com nenhuma observação inovadora do ponto de vista econômico. Só que o autor utiliza, por exemplo, a noção de eficiência enquanto norte para o processo decisionista dos juízes, afinal de contas, decisões tidas como ineficientes tendem a impor custos sociais maiores do que as decisões consideradas eficientes¹⁷⁴.

Assim sendo, essa lógica pragmática serve de atributo ao direito no sentido de lhe conferir maior alcance e intervenção nas relações sociais. O pressuposto da maximização da riqueza aplicado em seu sentido puramente econômico é de pouca utilidade ao direito, porque indica um aumento de riqueza ou satisfação pessoal difícil de ser mensurado, caso entendido como um critério exclusivamente financeiro. Entretanto, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar¹⁷⁵, o que significa que o teor desta abordagem está em creditar que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma prática e eficiente¹⁷⁶.

Ao defender o parâmetro instrumental, ao invés de ser um valor basilar, Posner colocou a maximização da riqueza ao lado de outros valores, remetendo seu leitor à ideia de interdisciplinaridade da ciência jurídica.

O pragmatismo jurídico em Posner adquiriu um caráter de instrumentalidade que difere, e muito, do absolutismo conceitual da versão efficientista de sua teoria. Ao elegermos uma expressão que denote bem tal visão, esta seria a *falibilidade*. Essa máxima pragmatista é bem revelada na obra de Benjamin Cardozo para quem a vida é experiência e a ciência deveria funcionar como um jogo de tentativas e erros¹⁷⁷. Ora, se a aplicabilidade de um determinado instituto é questionada e precisa ser avaliada, deve-se colocá-lo em prática, e se

¹⁷³ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16.

¹⁷⁴ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 484.

¹⁷⁵ *Op. Cit.* p. 474.

¹⁷⁶ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XIII e XIV.

¹⁷⁷ *Op. Cit.*, p. 518.

suas consequências não forem as mais satisfatórias, o próprio sistema ou ordenamento jurídico no qual esteja inserto, se encarregará de afastar seus efeitos¹⁷⁸.

O que deve ser observado, segundo Posner, é que as pessoas estão situadas num contexto histórico e social contingente, e o Direito deve acompanhar tais mudanças. O objeto da análise pragmática, desta feita, deve ser realizado de modo “a afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas”¹⁷⁹.

Tendo em vista a orientação instrumental do Direito, na vertente pragmática, este não é senão um meio para a consecução de fins sociais. Posner subtrai a ideia de que o direito esteja calcado em princípios fundamentais a ele imanentes e rechaça a noção de que seja posto em prática através de manipulações lógicas¹⁸⁰.

Posner segue numa melhor tentativa de conceituação de sua versão pragmatista :

“Defino-o [em referência ao pragmatismo] como uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e que é útil, e não por aquilo que realmente é. Portanto, *olha para a frente* e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”(destaque do autor)¹⁸¹.

Desta feita, o autor enfatiza que ao ser realizada uma interpretação pragmática da maximização da riqueza, esta se revela muito mais um instrumento do que um fundamento basilar e que, desta forma, não há qualquer objeção à possibilidade de que seja adotada como um guia na formulação e aplicação de políticas públicas. Se assim for concebida, poderá ser

¹⁷⁸ CARDOZO, Benjamin. **A natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12; Observar-se argumento semelhante em POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 520.

¹⁷⁹ *Op. Cit.*, p. 513.

¹⁸⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

¹⁸¹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 04.

pelo menos, um princípio geral ao lado de tantos outros que ajudam a nortear o Direito¹⁸².

Vale acrescentar que o pragmatismo é entendido por Posner como “... a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceituações e generalizações”¹⁸³. Desta forma, o pragmatismo em Posner é essencialmente antidogmático, não se interessa pelas decisões que abordam precipuamente formalismos e abstrações normativas, sem, no entanto, descuidar do que já está calcado na ciência jurídica.

O pragmatismo enquanto teoria não é avesso a preceitos teóricos, tampouco à ciência. Esta, para o pragmatista, serve de hábil ferramenta a auxiliar os seres humanos a explicar e prever comportamentos¹⁸⁴. O pragmatista, no entanto, duvida que possam existir proposições tão fundamentais que sirvam como verdades absolutas, o que pode ser observado quando Posner salienta que “... mesmo que alcançássemos a verdade absoluta, jamais saberíamos que a alcançamos”¹⁸⁵.

A Análise Econômica do Direito, na versão adotada por Richard Posner, é útil na formulação de critérios tendentes a elucidar questões que envolvam uma abordagem mais descritiva da realidade, ou seja, quais seriam as consequências da formulação e aplicação de uma determinada regra jurídica e, dentre tantas as possibilidades de interpretação subsidiadas pela hermenêutica, qual seria a melhor regra a ser aplicada.

Dessa forma, tem por escopo, não só antever os possíveis resultados a serem alcançados no âmbito das decisões judiciais, como, a partir de mecanismos localizados na área econômica, desenvolver comportamentos a serem utilizados pelos aplicadores do direito.

¹⁸² POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 513.

¹⁸³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

¹⁸⁴ POSNER, Richard. **A Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 06.

¹⁸⁵ *Op. Cit.* p. 07.

Sob a análise econômica do direito posneriana¹⁸⁶, o pressuposto básico da economia é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações, sendo o vocábulo “racional” entendido não como se os indivíduos se comportassem de modo a efetuar cálculos de vantagens e desvantagens sobre todas as suas condutas, mas como se tal comportamento fosse ínsito à natureza humana, e são justamente tais fatores comportamentais que consubstanciam o objeto de estudo da ciência econômica¹⁸⁷. Como dito anteriormente, o critério de maximização da riqueza utiliza tão somente uma análise de custo-benefício, e essa análise, por sua vez, é utilizada para orientar a decisão judicial¹⁸⁸.

Isso significa que a racionalidade, no sentido de sopesar diversos fatores, importa numa adequação de meios e fins, e não meditação constante sobre tudo. Segundo Posner¹⁸⁹, grande parte do nosso conhecimento é tácita.

O grande diferencial proposto pela análise econômica do direito proposta por Posner, ou melhor dizendo, seu critério de *maximização da riqueza* e eficiência, pragmaticamente interpretado, é a de que ela estimula os juízes a utilizar de sua discricionariedade na hora de decidir, de modo que, no exercício de sua judicatura, sejam produzidas decisões eficientes, sendo estas entendidas no sentido de que tendam a evitar o desperdício social¹⁹⁰. Mas tal influência não se restringe somente aos julgadores e “implementadores”, por assim dizer, do direito. Transposto ao âmbito jurídico, isso significa que até os legisladores maximizam seus interesses e que o processo de tomada de decisões observa padrões tendentes à maior eficiência.

O pragmatismo, desse modo, seria conjugado à análise econômica com o propósito de elaborar e testar modelos de comportamento humano para então prever e controlar tais comportamentos no ambiente social. O quão mais produtor e impulsionador ao direito

¹⁸⁶ KLEIN, Vinícius. **Posner é a única opção?** O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 175.

¹⁸⁷ POSNER, Richard A., **A Economia da Justiça**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XII.

¹⁸⁸ *Op. Cit.* p. XIII e XIV.

¹⁸⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 474.

¹⁹⁰ *Op. Cit.* p. XV.

seria, portanto, analisar as possíveis consequências advindas de um determinado padrão de decisões judiciais antes mesmo que tais decisões sejam prolatadas e produzam plenamente seus efeitos? Tendo em vista tal questionamento, deve-se ter em mente que as decisões judiciais assim como as mais diversas proposições normativas atuam como incentivos entendidos, no jargão econômico, como circunstâncias impulsionadoras de condutas humanas, as quais devem ser analisadas a fim de aferir o padrão de eficiência dos institutos jurídicos e decisões produzidas no âmbito judicial.

Com efeito, a Análise Econômica do Direito – aqui entendida como a utilização do critério da *maximização da riqueza* (entendido como meio de aferição de custo-benefício, pecuniário ou não) – se mostra um ferramental útil à ciência jurídica, por viabilizar uma metodologia mais facilmente demonstrável, numa tentativa de alcance de um padrão de eficiência de produção normativa.

O pragmatismo jurídico, também enquanto método, se mostra de grande utilidade à análise econômica por afrouxar um certo rigor técnico visualizado na exatidão da ciência econômica, engajando o direito na álea de interdisciplinariedade permitida pela discricionariedade judicial, além de proporcionar o aprimoramento dos institutos jurídicos a partir de sua constante experimentação¹⁹¹.

Por fim, cumpre-nos a indagação de quais sejam os limites à utilização da vertente pragmática da Análise Econômica do Direito, vale dizer, importante o questionar acerca da possibilidade de o argumento pragmático vir a suplantiar uma solução normativa positivada sob a justificativa de que é economicamente mais eficiente.

2.6. Limites à interpretação abalizada pela Análise Econômica Pragmática do Direito

A Análise Econômica do Direito vem ganhando espaço principalmente onde a economia pode se mostrar como uma ferramenta promissora para a elucidação de algumas

¹⁹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012

problemáticas do comportamento social não comumente percebidas nem exploradas como sendo da vertente econômica¹⁹², e que são objeto de interesse e estudo da ciência jurídica.

Isso não quer dizer que a promessa ofertada pela Análise Econômica venha a se sobrepor a outras boas soluções aos conflitos já encontradas pelo Direito, e que efetivamente funcionam, e despeito de que sejam economicamente eficientes. Com efeito, resta saber se a proposta metodológica de Análise Econômica Direito do se mostra viável quando aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro .

O pragmatismo jurídico, portanto, serve mais como elemento integrativo da proposta de análise econômica dos institutos jurídicos, tendo em foco o aperfeiçoamento de uma visão prospectiva e consequencial do direito, na tentativa de antever diferentes planos de ação a partir de diferentes fatos analisados¹⁹³ ,o que nos remete à lógica abduativa peiceana que carrega consigo a ideia de que

Uma vez que os efeitos de um dado objeto podem ser muitos a depender do contexto em que tal objeto está inserido, a concepção que se tem deste objeto deverá ser apreendida no momento em que esse objeto é posto sob investigação através da experimentação, considerando as consequências práticas provenientes do objeto investigado¹⁹⁴.

A utilização do método pragmático com o envolvimento de argumentos econômicos impõe alguns questionamentos relevantes. De acordo com as indagações propostas por Adrualdo Catão¹⁹⁵, seria possível suplantam ou eliminar o disposto em uma norma jurídica, ou até mesmo reinterpretá-la de acordo com os efeitos práticos de sua aplicação? As

¹⁹² *Op. Cit.* p. XVI

¹⁹³ POSNER, Richard. **A Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16-19.

¹⁹⁴ RÊGO, George Browne. “**O Pragmatismo de Charles Sanders Peirce: Conceitos e Distinções**”. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Nº 13, 2003, p. 238.

¹⁹⁵ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Law and Economics, consequentialism and Legal Pragmatism: the influence of Oliver Wendell Holmes**. 25th IVR World Congress Law and technology. Frankfurt am Main 15-20 August 2011. Paper Series. Disponível em: <http://digital-b.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24903>. Acesso em: 21/09/2012.

consequências econômicas servem como argumento para uma substituição da interpretação tradicional?

Deve-se ter em vista que a ciência econômica, quando aliada ao direito, não se propõe a uma sobrelevação de aspectos econômicos em detrimento da norma jurídica posta, quando já exista alguma solução proposta pela dogmática jurídica, mas a encontrar uma forma justa de resolver os conflitos¹⁹⁶. De acordo com a proposta de Análise Econômica do Direito, o ordenamento se converte num conjunto de incentivos e guias que orientam a ação dos indivíduos para a persecução de um fim comum que deve ser a eficiência das decisões judiciais¹⁹⁷. Posner não diz que todas as questões jurídicas podem ser traduzidas em soluções econômicas, nem que as teorias jurídicas devem ser substituídas por preceitos econômicos¹⁹⁸.

No mais, a posição de que o argumento de consequência encontra seus limites na própria Constituição e na lei infraconstitucional já decorre da teoria pragmática de Benjamin Cardozo¹⁹⁹, segundo o qual “o método dos especialistas de descobrir o Direito sempre foi experimental. As normas e princípios do Direito estabelecido por um precedente legal ou por uma decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas”.

Assim sendo, a fundamentação que se venha a conferir a determinado conceito não pode estar desligada das consequências que dele poder decorrer, por isso mesmo, o jurista deve estar preocupado em revisar constantemente os critérios normativos previstos na lei e na Constituição.

Nesse sentido, é uma preocupação de Posner enfatizar que sua obra não tem a pretensão de substituir o estado de direito por um punhado de tecnocratas, economistas ou

¹⁹⁶ POSNER, Richard. **A Para Além do Direito**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 18- 19

¹⁹⁷ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: Contribuições e desmistificações**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, vol. 09, nº 29, Jul-Dez 2006, p. 57.

¹⁹⁸ POSNER, Richard. A. **Para Além do Direito**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 21.

¹⁹⁹ CARDOZO, Benjamin. **A natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12.

quaisquer outros especialistas²⁰⁰. A representação instrumental, ou melhor, pragmática da análise econômica tem por bem inculcar a ideia de que

[...] no máximo, os profissionais do direito e os juízes possam vir a aceitar a ideia de que a economia deve orientar as decisões judiciais em todos os casos nos quais a Constituição ou a legislação não apresentem a isso nenhuma objeção inequívoca”. Na prática, a comunidade do direito aceitaria os métodos investigativos que definem a comunidade dos economistas. Mas a decisão de fazer da economia a lógica do direito não pode ser derivada, ela mesma, da economia, assim como a decisão de ser científico não pode ser derivada da ciência²⁰¹.

Com efeito, uma vez que a Análise Econômica tem em mira explicar de que modo os operadores do direito devem encarar os institutos e prever os comportamentos dos agentes que atuam no sistema jurídico²⁰², o direito merecidamente ganha um precioso auxílio interdisciplinar na abordagem das consequências das normas jurídicas, apresentando propostas práticas.

Assim sendo, essa lógica pragmática serve de atributo ao direito no sentido de lhe conferir maior alcance e intervenção nas relações sociais. O ponto culminante da teoria de Posner em torno do critério de *maximização da riqueza* serve para mostrar, com base simplesmente num critério de custo-benefício mais facilmente aferível, se uma norma ou institutos jurídicos são eficientemente contemplados no ordenamento, sem que isso implique na necessidade de traduzir todas as questões jurídicas em questões econômicas.

Deve-se ter em vista que a ciência econômica é método de investigação de comportamentos humanos. Ao contrário de uma ótica extremamente acurada e mercadológica usualmente conferida a economia, esta envolve o estudo das condutas humanas mais triviais

²⁰⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 513, bem como em POSNER, Richard. **A Para Além do Direito**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 21.

²⁰¹ POSNER, Richard. **A Para Além do Direito**. Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 19

²⁰² POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara (Trad.). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011, p. 08.

proporcionadas pelos mais diversos incentivos. Em se propondo a ciência jurídica a regular as condutas humanas, tem-se que a economia se revela um importante instrumento de investigação dos comportamentos que são objetos de estudo e regulamentação pela ciência jurídica.

Deve ser enfatizado, como dito, que se as condutas humanas são orientadas por incentivos, também assumirão essa função as normas e decisões jurídicas, mais uma razão pela qual, diante de uma necessária interdisciplinariedade avocada pelo Direito, a Economia, enquanto método de observação e descrição de comportamentos humanos se mostra de grande utilidade.

O que justifica a promissora simbiose entre os métodos de análise econômica e análise pragmática do direito consiste em submeter os comportamentos que lhes servem de objeto de estudo constantemente à experimentação e ao aperfeiçoamento, a fim de testar sua adequabilidade, além de propor novos modelos práticos de maior eficiência.

Assim sendo, é possível conjugar o método da Análise Econômica a outra visão metodológica – o pragmatismo jurídico – que permita enxergar o direito à luz das consequências que o seu modo de produção venha a ocasionar, confiando a renovação da ciência jurídica à ideia de que o direito é construído e renovado através da experimentação constante de seus institutos.

Desta feita, no mínimo a filosofia, de modo especial, a filosofia pragmatista serve à análise econômica incitando a dúvida e esta, por sua vez, instiga a investigação. O magistrado, desse modo, aproxima-se dos fatos, sendo menos dogmático e mais empírico, segundo Posner, “...mais pragmático, ou pelo menos com a mente mais aberta”²⁰³.

Por meio da análise econômica, sob a vertente pragmática, é possível atingir uma versão intermediária do método de análise. Isso significa que os julgadores podem e devem utilizar de sua criatividade sempre que lhes for possível e determinável conformar um padrão de decisão judicial de modo mais eficiente possível, observando os limites impostos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucionalmente imposta.

²⁰³ POSNER, Richard. A . **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Marcelo Brandão Cipolla (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 358

O modelo de escolha racional permeado pelo conceito de maximização da eficiência, quando pragmaticamente interpretada, apresenta ao magistrado a perspectiva de fazer incluir no ambiente de realização de escolhas e de formatação de decisões judiciais, aspectos sociais afeitos ao comportamento humano, de modo a analisar, a partir dos efeitos prováveis de suas decisões, aquela que se mostrar mais eficiente, ou que melhor atender às necessidades sociais e humanas, propiciando condições de previsibilidade dos comportamentos futuros.

Com efeito, busca-se compreender como a Análise Econômica do Direito, sob o viés pragmático, se comporta em relação às normas de direitos sociais, cuja densidade normativa é aferível mediante o processo de concretização normativa. Para tanto se mostra necessário alguns delineamentos a respeito das normas veiculadoras de direitos sociais, sua fundamentalidade e critérios de efetividade, de modo a evidenciar como é possível que uma análise consequencialista nos moldes propostos pela AED sugiram algum padrão de racionalidade frente à teoria dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO III – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

3.1. A fundamentalidade dos direitos sociais

Tradicionalmente enxergada a mudança de paradigma do Estado de Direito de cunho liberalista, para o Estado de Bem-estar social, a justificar uma postura abstencionista do Estado para um agir voltado a prestações de cunho positivo, o surgimento de direitos de cunho prestacional, de modo geral, relaciona-se historicamente com as profundas transformações operadas no século XX, período em que as Constituições deixaram de tratar apenas da estruturação de poder e das liberdades públicas e passaram a tratar mais profundamente dos direitos fundamentais em sentido amplo, dispondo mais especificamente sobre os direitos sociais²⁰⁴.

Desta feita, a inovação do paradigma jurídico ocasionada através da inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos garantidos constitucionalmente, apresentou uma nova questão a ser apreciada pela Teoria do Direito: a visão de sociabilidade que cerca a impositividade de tais direitos passa por profundas transformações à medida em que caminham as discussões sobre a sua fundamentalidade e efetividade. Nesse sentido, Canotilho assevera que o “social”, e a compreensão dos direitos fundamentais sociais nesse espectro, envolve não só a possibilidade de um indivíduo valer-se – individualmente, sem pretensões redundantes – das determinações constitucionais de cunho prestacional por parte do Estado, como assim deve ser realizado tendo em vista a satisfação dos interesses dos demais indivíduos igualmente resguardados por tais direitos sociais²⁰⁵.

²⁰⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Notas para metodologia de análise de políticas públicas**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28432>. Acesso em: 14.05.2013, pág. 03

²⁰⁵ CANOTILHO, **Direitos Fundamentais Sociais**. JJ Gomes Canotilho et. al. (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 27.

Nesse sentido, a compreensão dos direitos sociais como “direitos originários”, na expressão cunhada por Cristina Queiroz²⁰⁶, significa uma mudança de paradigma na medida em que não só possibilitam a realização dos direitos e garantias individuais, como auxiliam à garantia dos direitos difusos e coletivos, tidos como direitos de terceira geração, dada a tradicional classificação histórica das gerações de direitos constitucionais.

Esta é a razão de enfatizar os direitos sociais como “direitos-meio”, ou seja, direitos cuja função precípua é a garantia de que todos os indivíduos tenham condições de gozar de seus direitos e garantias individuais, sem intervenções negativas por parte do Estado ou de outros indivíduos²⁰⁷. A concepção dos direitos sociais como direitos instrumentais tem seu foco, e não se pode desconsiderar, no macro ou superprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto que este é o valor axiológico que serve de parâmetro constitucional para a efetivação de tais direitos fundamentais. Deve ser ressaltado, portanto, que os direitos sociais à moradia, à saúde e à educação, por exemplo, foram positivados constitucionalmente senão para garantir aos indivíduos um padrão mínimo de vida digna²⁰⁸.

No mais, não se pode perder de vista o fato de que a Constituição Federal de 1988 carregou o peso de uma redemocratização nacional, de modo que em seu corpo foi enxertada uma gama de direitos e garantias cuja função principal era a superação de profundas desigualdades sociais acumuladas ao longo da história, razão pela qual a tarefa de redemocratização não poderia estar desacompanhada de oportunidades sociais a serem garantidas e efetivadas pelo Estado²⁰⁹.

Da mesma maneira, nos Estados que tardaram a oportunizar condições de funcionamento de um Estado Liberal, o pleito por liberdade veio associado ao apelo pela realização de um Estado social, na medida em que a tarefa constitucional de Estados em processo de democratização mais recente é maior e mais intensa do que nos Estados em que o

²⁰⁶ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e limites de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra, 2006, p. 179

²⁰⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Notas para metodologia de análise de políticas públicas.** Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28432>. Acesso em: 14.05.2013, p. 06

²⁰⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à Reserva do Possível.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 58-59.

²⁰⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (Org.). São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 10.

princípio democrático e os deveres básicos de civilização já foram reconhecidos há mais tempo²¹⁰.

Sem dúvida, a positivação de uma cartela maior de direitos nas cartas constitucionais acompanhada da eleição de valores a regerem a ordem jurídica através de uma Lei Maior conferem à noção de fundamentalidade uma impositividade e vinculação quanto ao dever de sua realização. Entretanto, o que realmente altera o paradigma do constitucionalismo é a instituição dos Tribunais Constitucionais, sob o pioneirismo do Tribunal Constitucional da Alemanha, no pós-Guerra (1950)²¹¹, vinculando os direitos fundamentais não somente a uma tarefa legislativa e executiva, mas sobretudo judicial, elevando o papel do Judiciário na realização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Judiciário ganhou destaque diante de um dever de socialização política ao trazer a dimensão do conflito para a vida social cotidiana²¹². Aos poucos a judicialização de direitos e garantias individuais passou a ser exigível perante o Judiciário não só na esfera privada como na esfera pública, e os direitos sociais foram incluídos nessa esfera como uma forma de realização imposta dos ditames constitucionais.

Assim, o caráter de fundamentalidade dos direitos sociais em paridade aos direitos e garantias individuais assume grande relevância na medida em que sua posição jurídica e seu caráter constitucional podem afirmar sua sindicabilidade perante as esferas públicas. Nesse ponto, as discussões acerca dos parâmetros de aplicabilidade de direitos sociais têm evoluído no sentido de arranjos de afirmação de sua fundamentalidade, a superação de uma visão de programaticidade comumente atribuída às normas veiculadoras de direitos sociais, sua concepção como verdadeiros direitos subjetivos passíveis de resguardo através de sua judicialização, além das questões ordinariamente tratadas como entraves à sua efetividade.

À medida em que tais direitos são positivados no seio constitucional, a discussão travada doutrinariamente passou a revelar a questão da fundamentalidade dessa categoria de

²¹⁰ *Op. Cit.* p. 07

²¹¹ GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: TORRES, Paulo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 180-181.

²¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. Cit.*, p. 06.

direitos, de modo a questionar se o *status* fundamental deveria restringir-se aos direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º da Constituição Federal.

O debate acerca da fundamentalidade dos direitos sociais chegou ao Brasil através da infusão de ideias neoliberais e assumiu uma nova feição a partir de micro-reformas realizadas para uma melhor adequação aos postulados do Consenso de Washington, em 1989, que se trata, a grosso modo, de um conjunto de medidas de cunho econômico, a orientar um ajuste macroeconômico de países em desenvolvimento que atravessavam dificuldades financeiras²¹³.

Entretanto, a referida discussão não encontrou guarida, na medida em que a difusão de ideias neoliberais não se ajustam a um Estado que deve estar aparelhado estruturalmente a oferecer à população prestações materiais de cunho social. Assim, a retórica do “Estado Mínimo” enquanto mero fiscalizador das ações privadas não se estabelece em países de grave desigualdade social como o Brasil, em que os direitos sociais desempenham um importante papel na medida em que a iniciativa privada não tem condições e nem interesse de atender às mais diversas e complexas necessidades da população que vive abaixo da linha de inserção no mercado²¹⁴.

Nesse quesito, impende destacar que parte representativa da doutrina dentre os quais Robert Alexy, e aqui no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet corroboram com a atribuição de fundamentalidade aos direitos sociais, ainda que tais direitos não estejam necessariamente inscritos no texto constitucional, afirmando o último autor que a discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais se torna sobremaneira ideológica²¹⁵, na medida em que ainda há esforços de resistência à concepção dos direitos sociais como direitos constitucionais não “encaixáveis” na categoria dos direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet os direitos sociais, de modo geral, constituem bens jurídicos dotados de relevância e essencialidade suficientes a uma proteção

²¹³ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Direitos Constitucionais Sociais e os Direitos Fundamentais:** são os direitos sociais direitos fundamentais? Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 11, n. 42, jan/mar 2003, p. 244-257.

²¹⁴ *Op. Cit.* p. 29.

²¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 106.

jurídica reforçada em relação às demais normas que compõem a ordem constitucional, no sentido de que tais direitos constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade humana²¹⁶.

O fato é que passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal em 1988, a doutrina e a jurisprudência ainda discutem se os direitos sociais previstos no texto constitucional foram concebidos como verdadeiros direitos fundamentais e, portanto, devem ser aplicados segundo um regime específico conferido às normas dotadas de tal *status*, ou se são apenas normas que indicam programas a serem realizados pelas esferas do Poder Público²¹⁷.

Assim é que falar de direitos fundamentais implica fazer uma alusão a um regime específico de normas constitucionais sujeitos ao princípio da aplicabilidade imediata. Da mesma forma, a concepção dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais condiciona a uma visão de superação de uma tradicional classificação dos direitos constitucionais quanto ao seu grau de eficácia, graças aos avanços trazidos pela doutrina estrangeira, mormente as teorias elaboradas por Robert Alexy e Ronald Dworkin²¹⁸. Desse modo, por mais que se conceba que existam normas que dependam de uma concretização legislativa, não se pode desconsiderar a fundamentalidade dos direitos sociais repisar a sua influência irradiadora sobre o sistema jurídico²¹⁹.

É justamente nesse ponto que se concebe a noção de fundamentalidade formal e material dos direitos sociais. A fundamentalidade formal decorre do fenômeno da constitucionalização dos direitos, sendo formalmente fundamentais aqueles direitos previstos em normas jurídicas de status constitucional, decorrendo diretamente desse aspecto sua

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bennetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 17.

²¹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** Efetividade frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2012, p. 24.

²¹⁸ *Op. Cit.*, p. 25.

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 295.

hierarquia superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico e aplicabilidade imediata em razão do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988²²⁰.

No sentido dessa compreensão, a positivação constitucional se mostra como fator decisivo à concepção dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, pelo menos no que pertine ao seu aspecto formal. Nos dizeres de Canotilho²²¹, não se pode falar em direitos fundamentais sem positivação constitucional, mas simplesmente em liberdades ou pretensões de natureza pública. Em função da positivação constitucional, os direitos sociais ganham maior efetividade, visto que gozam de estrutura jurídica capaz de obrigar os destinatários das normas o seu devido cumprimento.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de que critérios exclusivamente formais são insuficientes para uma caracterização dos direitos fundamentais sociais. Isso porque primeiramente, pode-se conceber direitos de mesma carga axiológica, concebidos para os mesmos propósitos garantistas e com critérios normativos estruturais idênticos aos direitos fundamentais assim denominados pelas cartas constitucionais, e que por tais motivos mereciam ser considerados sob tais designação.

Em segundo lugar, a adoção de critérios formais para a identificação de direitos fundamentais não se mostra suficiente frente às sociedades contemporâneas, visto que após o advento do Estado Social de Direito, surgiram novas categorias de proteção como os direitos coletivos, de natureza social, voltados para uma proteção do indivíduo não só contra a ingerência dos poderes públicos, mas a exigência da participação do Estado na realização da igualdade social²²², complexidade esta que ultrapassa os limites de previsão constituinte, por mais analítica que venha a se mostrar.

A fundamentalidade material, por sua vez, está relacionada a correspondência existente entre os direitos fundamentais o núcleo de valores que permeia a Constituição,

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86-87.

²²¹ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional*, p. 497 *apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Ob. Cit.* p. 31.

²²² *Op. Cit.* p. 34.

especialmente os princípios expressos no Título I da Constituição, dentre os quais e o principal deles, o da Dignidade Humana²²³.

No sentido dessa compreensão, Ana Carolina Olsen considera que

A utilidade de um conceito material de direitos fundamentais sociais não se revela exclusivamente como critério para a identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal, mas também para informar o intérprete a respeito de quais valores foram levados em consideração pelo constituinte para a previsão constitucional desses direitos. A partir dessa consciência axiológica, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais assume, necessariamente, outra conotação. Dar efetividade aos direitos fundamentais não é tão somente cumprir a letra fria da Constituição, mas sim respeitar os valores construídos e difundidos na sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou e pretendeu traçar²²⁴.

Assim sendo, o critério material representa relevante consideração dos direitos fundamentais fora de um catálogo dos direitos e garantias individuais, sobremaneira quanto aos direitos sociais, uma vez que a identificação de direitos sociais que não estejam insertos no rol de direitos e garantias individuais, civis e políticas, intitulados constitucionalmente como direitos fundamentais, dependem necessariamente de uma avaliação de critérios de ordem material e não somente formais.

Ao analisar a experiência constitucional alemã, Carl Schmitt propôs os critérios material e estrutural de identificação de direitos fundamentais. Segundo Schmitt, de acordo com o critério material, seriam fundamentais os direitos que estivessem de acordo com o fundamento ideológico do Estado Liberal, ao passo em que atenderia ao critério estrutural os direitos que possuíssem estrutura compatível com os direitos individuais de liberdade²²⁵.

De acordo com Robert Alexy, os critérios difundidos material e estrutural tal como foram apresentados merecem críticas, na medida em que a concepção proposta por Schmitt estabelece um vínculo cerrado entre os direitos fundamentais e a posição ideológica liberal. A partir de então, Alexy propõe um critério formal de identificação de direitos

²²³ *Op. Cit.* p. 23.

²²⁴ *Op. Cit.* p. 38.

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83.

fundamentais, os quais seriam aqueles previstos expressamente no texto da Lei Fundamental Alemã. Contudo, Alexy reconhece que o critério essencialmente formal se mostra insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais, em razão do fato de que na Constituição Alemã, não são direitos fundamentais somente aqueles expressamente previstos como tal, mas também os direitos “adstritos”, correlatos às normas de direitos fundamentais. Assim sendo, podem ser igualmente fundamentais aqueles direitos que possuem as relações de precisão e de fundamentação com as normas de direitos fundamentais positivadas no texto constitucional²²⁶.

Por isso mesmo, impende ser relevado na consideração da fundamentalidade dos direitos sociais, tanto um aspecto formal, imprescindível ante o caráter de posituação das constituições do Pós-Guerra a conferir segurança jurídica às relações sociais, quanto o aspecto material, que conjuga os valores constitucionalmente erigidos, argumentativamente construídos em razão do texto positivado, mormente considerando ao alto grau de abertura semântica das normas vinculadoras de direitos sociais.

Ao analisar a Constituição Federal de 1988, Ingo Sarlet assevera que a Carta Constitucional brasileira prevê direitos fundamentais fora do rol dos direitos e garantias individuais (Título II), a exemplo dos direitos oriundos de tratados internacionais e os direitos dispostos no título dedicado à Ordem Social, razão pela qual, muito embora um critério formal de identificação de direitos fundamentais seja de grande relevância, sua consideração em caráter exclusivo é de pouca utilidade e, por isso, acabam se mostrando insuficientes²²⁷.

Com efeito, é possível verificar que a Constituição Federal traz em seu corpo verdadeiros direitos fundamentais sociais. São considerados direitos fundamentais sociais sob o prisma formal os direitos elencados no Título II, Capítulo II da Constituição, visto que atendem ao requisito de posituação, ao passo em que existem outros direitos igualmente fundamentais porque atendem ao critério material de fundamentalidade, ou seja, seu núcleo guarda referência aos valores essencialmente protegidos constitucionalmente.

²²⁶ *Op. Cit.* p. 64-70.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal responde à questão da fundamentalidade e programaticidade dos direitos fundamentais sociais, sobretudo o direito à saúde, cuja discussão ebulitiva girava em torno da atribuição de eficácia plena ao art. 196 da Constituição em detrimento do caráter programático das disposições infirmadas no referido artigo, de forma a fixar que os direitos fundamentais como a saúde não podem restar a simples promessa constitucional, devendo ser aplicados em sua inteireza, preservando o bem maior que é a saúde dos indivíduos²²⁸.

É nesse aspecto que a mudança de paradigma ocasionada pela concepção dos direitos sociais e sua correspondente fundamentalidade traz algo de inovador, na medida em que o Constitucionalismo do Pós-Guerra, inaugurado com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1949, não remete apenas a uma generosidade com referência a regras e princípios, principalmente em relação às normas de direitos sociais. O marco que referencia esta passagem está consubstanciado na possibilidade de sindicalizar tais direitos, a partir da concepção de sua fundamentalidade, perante a instituição de Tribunais Constitucionais que cumpram tal mister²²⁹.

Nesse parêntese, um aspecto considerável desse novo constitucionalismo é o fato de que os conflitos sociais não são afastados pela idealização de uma liberdade individual, pelo contrário, o conflito envolvendo direitos sociais passam a fazer parte da vida institucional cotidiana, como dito anteriormente, ganhando um lugar de destaque em relação ao Poder Judiciário²³⁰. Entretanto, a questão da sindicabilidade e justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais ainda envolve questionamentos acerca da possibilidade do Judiciário poder ser dotado de legitimidade democrática para a salvaguarda positiva de tais direitos em detrimento de uma atuação legislativa.

Em que pese as considerações acima desenvolvidas, classicamente são atribuídas aos direitos sociais alguns limites de aplicabilidade que repercutem diretamente na realização e efetividade de tais direitos fundamentais. Não raramente, esses chamados limites de

²²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial – ARE 639.337 AgR / SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 20/05/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/11/2012.

²²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Notas para metodologia de análise de políticas públicas**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28432>. Acesso em: 14.05.2013, p. 05

²³⁰ *Op. Cit.* p. 06

operacionalidade, visto que consubstanciam verdadeiras justificativas dogmáticas de não implementação dos direitos sociais ainda encontram-se em discussão, razão pela qual se faz necessário traçar alguns delineamentos acerca de sua eficácia e efetividade.

3.2. A eficácia dos direitos sociais

3.2.1. O caráter de multifuncionalidade dos direitos sociais

Como dito em linhas anteriores, tradicionalmente os direitos sociais eram vistos como direitos a prestações materiais por parte do Estado, na linha de uma postura positivamente intervencionista galgada através da concepção de Estado de Bem-Estar Social. Essa noção se traduziria basicamente num *fazer* ou *agir* por parte do ente estatal.

Entretanto, uma vez reafirmada a fundamentalidade dos direitos sociais em paralelo aos direitos e garantias individuais insculpidos constitucionalmente, necessário se faz questionar a persistência da classificação proposta por Jellinek quanto à dicotomia existente entre os direitos fundamentais de primeira e segunda geração, o que induz cognitivamente à existência de regimes jurídicos e tratamento constitucional distinto às duas categorias, enquanto direitos positivos e negativos²³¹.

Nesse sentido, afirma Cristina Queiroz que

Esta dicotomia (ou “dualismo”) encontra apoio implícito no texto constitucional, posto que os direitos econômicos, sociais e culturais – ou, genericamente, os direitos fundamentais sociais –, ainda que expressamente qualificados de direitos fundamentais, beneficiam-se do regime jurídico geral dos direitos fundamentais²³²...”.

²³¹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006., p. 167-168

²³² *Op. Cit.* pág. 165.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que Georg Jellinek delineou importante teoria que identificava a relação entre o Estado e o indivíduo através de posições ou situações jurídicas identificadas como *status*: os *status positivus*, *negativus*, *subjectionis* e o *activus*. Tais relações travadas entre indivíduo e o ente estatal era baseada em direitos e deveres, ordens e proibições, de modo que a esfera de cada indivíduo detentor de um direito fundamental e a esfera estatal ora se afastariam, ora manteriam contato, de acordo com o vínculo de subordinação ou de exigência, ou ainda, de abstenção do Estado em relação a este indivíduo²³³.

Em síntese, o *status subjectionis* indica a posição do indivíduo enquanto possuidor de encargos para com o ente estatal, figurando numa relação de subordinação em relação a este, devido a competência do Estado de vincular juridicamente o indivíduo, impondo-lhe deveres. Em decorrência da personalidade jurídica do indivíduo, o *status negativus* lhe conferiria isenção e liberdade em relação ao Estado. O *status positivus*, por sua vez, é a possibilidade dada ao indivíduo de exigir do Estado melhores condições de vida, e os pressupostos essenciais ao exercício do seu direito de liberdade. Por fim, o *status activus* ou político consiste na atribuição individual de ser considerado titular de competências suficientes à participação ativa na vontade ou decisões políticas estatais²³⁴.

Sendo assim, a partir desta tradicional visão teórica proposta por Jellinek foi sedimentada na doutrina a ideia de que os direitos fundamentais exercem múltiplas funções, dentre elas, a função de prestação ou positiva. Por outro lado, tendo em vista que a função de defesa ou negativa perante o Estado está relacionada à ideia do *status negativus* da teoria proposta por Jellinek, corroborou-se até certo ponto a noção de que os direitos fundamentais exercem função de defesa e limitação do poder político, enquanto que à função positiva dos direitos fundamentais estão relacionados tão somente os direitos de cunho prestacional.

De todo modo, restou consolidado na Teoria dos Direitos Fundamentais que a partir do *status negativus*, tais direitos fundamentais exercem uma função de defesa quando garantem ao indivíduo segurança quanto à interferência estatal. Nesse sentido, o Estado é tomado como

²³³ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 164.

²³⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 50.

algo extrínseco ao indivíduo, cujas ações devem ser controladas sob pena de invasão perniciosa à esfera pessoal dos cidadãos.

Considerando que a função de defesa traz consigo uma dimensão subjetiva, surge para o indivíduo diversas pretensões, principalmente as de abstenção por parte do Estado. *O status negativus*, portanto, cria para o indivíduo titular daquele direito subjetivo a pretensão de exigir do Estado uma obrigação de não fazer.

Ao revés, em função do *status positivus*, ficou consolidada a ideia de que os direitos fundamentais exercem uma função de garantia positiva ou prestacional, ou seja, através de uma medida de ordem administrativa, legislativa ou judicial o indivíduo titular de tais direitos pode exigir do Estado uma ação positiva, uma obrigação de fazer. Sob esse viés, a liberdade exercida pelo indivíduo perante o Estado através de uma abstenção por parte deste é vista como uma liberdade de agir por meio do Estado, garantida através de uma ação estatal.

Nesse sentido, é possível exigir do Estado tanto uma obrigação de fazer de caráter material, no sentido do oferecimento de bens e serviços, quanto de caráter normativo, no sentido de viabilizar a exercício ou a fruição dos benefícios garantidos constitucionalmente. Por isso mesmo, estabelecida tal conexão entre os direitos positivos e negativos e o conteúdo abstencionista e prestacional relacionados a cada um deles, tal relação de proximidade faz com que comumente aos direitos fundamentais sociais seja atribuída a adjetivação de direitos prestacionais²³⁵.

Tendo em vista o caráter de *multifuncionalidade* dos direitos sociais²³⁶, a discussão acerca da distinção entre a função prestacional e a função de defesa dos direitos sociais ainda não encontrou um ponto pacífico. Consoante Ana Carolina Olsen²³⁷, apesar da fundamentalidade que une os direitos sociais na Constituição, as normas veiculadoras dos respectivos direitos podem assumir diversas formas deontológicas, ora se apresentando com um

²³⁵ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 53.

²³⁶ MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da Reserva do Possível: Uma análise crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 38

²³⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47.

dever de atuação positiva por parte do Estado, ora estabelecendo uma posição de defesa do seu titular contra a ingerência do Estado.

Nesses termos, Alexy afirma que os direitos sociais não só são dotados do aspecto prestacional, como fazem parte de algo mais amplo. Nesse sentido, não somente não é possível a necessária correspondência entre direitos sociais e prestações positivas como os direitos sociais podem ser dotados de uma feição prestacional negativa. É nesse sentido que o autor alemão afirma que os direitos fundamentais são um *feixe de posições jusfundamentais*, pretendendo demonstrar que um mesmo dispositivo normativo pode encerrar diversas normas jurídicas de acordo com as particularidades apresentadas em cada caso concreto²³⁸.

De acordo a Teoria dos direitos fundamentais de Alexy, há uma subdivisão dos direitos prestacionais em: a) direitos prestacionais à proteção, que significam uma proibição de abstenção, de modo a salvaguardar o destinatário do direito contra a intervenção de terceiros; b) os direitos prestacionais à organização e procedimento, que sugerem uma colmatação das estruturas organizacionais de modo a servir de norte à interpretação e aplicação das normas que compõem o ordenamento; e, c) os direitos prestacionais em sentido estrito, que por sua vez estão relacionados aos direitos sociais.

Nesse sentido, os direitos de proteção se contrapõem aos direitos de defesa na medida em que os direitos de proteção envolvem ações positivas, de modo que o Estado deve proteger contra a intervenção de terceiros²³⁹.

Por conseguinte, ao desenvolver tal posicionamento Ingo Sarlet enfatiza que

Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição)

²³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 241-265.

²³⁹ *Op. Cit.* p. 455-456

apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares²⁴⁰.

Na esteira das lições de Alexy, vem o autor a afirmar que “nesse ponto, são mais perceptíveis o caráter rudimentar da teoria de Jellineck e a necessidade de desenvolvê-la e corrigi-la com o auxílio de uma teoria das posições jurídicas fundamentais mais precisamente definida”²⁴¹.

Importante frisar, desse modo, que enquanto os direitos de defesa preservam a liberdade contra a intervenção estatal, os direitos prestacionais devem promover esta liberdade por intermédio do Estado²⁴².

O fato é que, dada a fundamentalidade dos direitos sociais e sua respectiva positivação constitucional, tendo como parâmetro a realidade constitucional brasileira²⁴³, vale frisar, não se concebe a adoção de um regime jurídico diferenciado aos direitos sociais, principalmente porque a Constituição não opõe tratamento diverso daquele conferido aos direitos individuais²⁴⁴.

²⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 26.05.2013.

²⁴¹ *Op. Cit.* p. 268

²⁴² MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da Reserva do Possível**: Uma análise crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 41.

²⁴³ Canotilho enfatiza que no direito constitucional português pode haver tratamento constitucional, diferenciados aos direitos e garantias individuais e direitos sociais uma vez que o segundo segmento constitucional não é dotado da mesma densidade normativa que os direitos de primeira geração. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Editora Alamedina, 2003, p. 415-438.

²⁴⁴ *Op. Cit.*, p. 43.

No mesmo sentido e ainda com mais vigor, uma possível distinção entre regimes jurídicos não poderia autorizar o intérprete constitucional a estabelecer barreiras de efetividade aos direitos sociais ao argumento de intransponibilidade de fronteiras existentes entre essas duas classes de direitos.

Uma segunda dificuldade de ordem operacional a enfrentar, quando se trata de direitos sociais se coloca, nos termos do questionamento proposto por Alexy, através a possibilidade de serem os direitos sociais construídos como *posições subjetivas jusfundamentais de natureza prestacional*, assim como os direitos e garantias individuais²⁴⁵.

À guisa de tal questionamento, Canotilho propõe que os direitos sociais são autênticos direitos subjetivos, independente de sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas²⁴⁶.

Ingo Sarlet corrobora com este entendimento quando afirma que apesar da existência de elementos circunstanciais que podem mitigar a exigibilidade dos direitos sociais, não se pode prescindir da consideração dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos, visto que por causa da sua conexão com direitos igualmente fundamentais como o direito à vida e à dignidade humana, os direitos sociais são dotados de presunção de efetividade ou de subjetividade²⁴⁷. De acordo com tal posicionamento, Sarlet relaciona diretamente a questão da subjetividade com a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

À guisa de tais considerações, tratar os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos incide na possibilidade constitucional de exigir a sua tutela judicialmente. Nesse ponto, J.J. Gomes Canotilho afirma que os direitos fundamentais sociais se “... beneficiam da natureza de direitos justiciáveis, permitindo aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de

²⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393.

²⁴⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Editora Alameda, 2003, p. 434.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 26.05.2013.

reclamar a manutenção do nível de realização e de radicação subjectiva já adquirida pelos direitos fundamentais”²⁴⁸.

Ocorre que, por serem passíveis de judicialização que dê efeito à garantia contra violações a tais direitos fundamentais, a função prestacional incide novamente na questão operacional relativa à Separação dos Poderes. Ora, se tais obrigações sugerem um carácter vinculante por serem verdadeiros direitos subjetivos, conseqüentemente, serão judiciálizáveis, tendo em vista que no plano legislativo ou executivo sua realização não fora levada a cabo adequadamente. Uma vez judicializadas, tais demandas implicam numa questão financeira não facilmente contornável, visto que os direitos prestacionais são vistos como direitos que demandam elevados custos orçamentários de realização.

No mais, a aplicação dos recursos destinados à realização de tais direitos sob uma perspectiva prestacional interfere na questão das políticas públicas como forma de melhor administração e alocação dos recursos públicos, tendo em vista que as decisões políticas que envolvem os recursos financeiros do Estado são tomadas por uma maioria parlamentar eleita democraticamente, razão pela qual, tendo em vista as questões ora colocadas, necessário se faz acentuar a abordagem acerca da extensão da função prestacional dos direitos fundamentais sociais.

3.2.2. A amplitude da função prestacional

Os direitos fundamentais eram tradicionalmente sistematizados de acordo com gerações ou dimensões, à medida na dependência do contexto histórico em que foram sendo concebidos.

Assim sendo, ordinariamente, os direitos fundamentais de primeira geração ou direitos civis e políticos, tinham por fim precípua o valor liberdade frente o poder político arbitrário do Estado, ante os movimentos revolucionários estabelecidos à época. Os direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais e econômicos, tinham por escopo da

²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. Coimbra: Editora Alameda, 1998, p. 196.

garantia de prestações positivas ou uma atuação prestacional de caráter ativo por parte do Estado, tendo em vista os movimentos sociais desencadeados na época da Revolução Industrial.

Dessa maneira, não é difícil perceber que a função de prestação ou atuação positiva por parte do Estado está intrinsecamente relacionada à classificação teoricamente formulada sob a forma de “gerações” de direitos fundamentais. No mais, o estudo dos direitos fundamentais de acordo com tal perspectiva histórica, apesar de didaticamente viável, é arriscada no sentido de que sugere que tais gerações de direitos fundamentais foram ocorrendo uma em sobreposição à outra, numa ideia substitutiva de direitos, o que se mostra uma noção equivocada²⁴⁹.

Na verdade, a visualização dos direitos fundamentais sob tal perspectiva de contextualização histórica ainda pode sugerir certo grau de preponderância em função da relevância dos direitos fundamentais de primeira geração sobre os demais direitos fundamentais, o que demonstraria a existência de uma hierarquia entre os direitos sustentada pela forma através da qual o catálogo de direitos fundamentais foi positivado nas Constituições, privilegiando o tratamento dos direitos civis e políticos e, oportunamente, assegurando os direitos sociais e direitos difusos e coletivos, garantidos através das gerações subsequentes.

Na verdade, a ideia que deve prevalecer sob a ótica dos direitos fundamentais é a de concentração ou acumulação de direitos fundamentais igualmente exigíveis e tuteláveis, visto que obedecem aos padrões de fundamentalidade anteriormente explicitados. No mais, a ideia de acumulação dos direitos fundamentais em contraposição à lógica da sobreposição sugerida através da análise das gerações de direitos, se amolda à perspectiva de multifuncionalidade dos direitos fundamentais de acordo com a função que cada direito desempenha dentro do sistema constitucional, a depender do contexto social em que venha a ser empregado em determinado momento, o que tende a evitar o engessamento do conteúdo axiológico de tais direitos.

Nesse aspecto, José Murilo de Carvalho observa que no Brasil, uma análise do desenvolvimento histórico não permite concluir pela consolidação das gerações de direitos

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 83.

fundamentais, visto que a realidade brasileira atende a uma ordem cronológica de positivação e efetivação de direitos fundamentais distinta. O autor atenta para o fato de que no Brasil, os direitos civil e políticos foram positivados constitucionalmente através de uma Constituição outorgada, portanto, somente foram garantidos através da letra fria de uma lei que não fora posta em prática. No mais, os direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração, foram incluídos na Carta Constitucional e levados a efeito durante o período ditatorial da Era Vargas, no qual os direitos civis e políticos de liberdade não eram efetivamente garantidos²⁵⁰.

Desta feita, a realidade enfrentada do Brasil no que diz respeito aos direitos fundamentais não se coaduna com uma fórmula esquematizada e esgotada em gerações. Oportunamente, se adequa melhor à proposta de Alexy quando o autor trata dos direitos fundamentais como um “feixe de posições jusfundamentais”, como anteriormente mencionado, de modo que a função desempenhada por cada direito fundamental, a partir de sua estrutura normativa, dependerá, sobretudo, da adequação ao caso concreto apresentado.

De todo modo, a conexão geralmente firmada entre os direitos fundamentais sociais e função prestacional geralmente desempenhada por estes não deve ser encarada como uma relação necessária. Isso porque aos direitos sociais comumente é atribuída, em razão de tal feição prestacional, a imposição de dispêndios orçamentários para a realização de tais direitos, o que implica em problemas ou óbices de realização, visto que as necessidades públicas são infinitas e os recursos, ao contrários, são escassos.

Entretanto, como bem esclarece Ingo Sarlet, não são somente os direitos fundamentais sociais que demandam custos à sua realização, de modo que os direitos fundamentais civis e políticos não demandam simplesmente uma abstenção pura por parte do Estado. Ao revés, os direitos de liberdade demandam, também, custos de efetivação, visto que o Estado deverá gastar para garantir que os próprios indivíduos não interfiram na esfera particular uns dos outros²⁵¹.

²⁵⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 158-161.

²⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92.

Desse modo, o problema de efetivação dos direitos fundamentais sociais não reside tão somente numa questão financeira e orçamentária, visto que todos os direitos fundamentais, e não só os direitos sociais, possuem uma vertente positiva que incide em gastos de recursos públicos e, portanto, na formulação de escolhas que interferem num mercado competitivo. A questão financeira, nesse caso, seria um óbice impeditivo de todos os direitos fundamentais, quiçá o mais inerente às liberdades individuais.

Tendo em vista a existência de alguns óbices os limites geralmente atribuíveis aos direitos fundamentais sociais quando de sua operacionalização mediante o processo de concretização normativa, necessário se faz algum delineamento sobre tais questões.

3.2.3. Limites à efetividade e operacionalidade atribuíveis aos direitos fundamentais sociais

Uma questão que se faz pertinente abordar quanto à operacionalidade dos direitos sociais, principalmente através da via judicial, se relaciona intrinsecamente com o fato de que, ordinariamente, os direitos econômicos sociais e culturais são expressos através de normas abertas, o que facilmente é relacionado ao seu caráter de programaticidade. Dessa forma, no que se refere à estrutura normativa “aberta” dos direitos sociais, são possibilitadas diversas formas de concretização, somadas, no mais das vezes, à indeterminação dos destinatários dessas normas, visto que os direitos sociais não se dirigem somente ao Estado, mas à generalidade dos cidadãos²⁵².

No mais, Cristina Queiroz assevera que os direitos sociais não possuem um limite de proteção pré-fixado. Não é possível sequer traçar abstratamente um valor desses direitos atribuível como parâmetro para todos os casos²⁵³. Quanto a esse ponto cabe um pequeno e considerável parêntese. Ainda que os direitos sociais possuam um parâmetro de identificação mais dificilmente aferível ou menos palpável, não é possível desconsiderar que tenham um

²⁵² QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 177.

²⁵³ *Op. Cit.* p. 180.

núcleo essencial de preservação que pode ser antevisto. A título de exemplificação, no caso do direito fundamental à propriedade, se tem como núcleo ou valor absoluto à preservação e defesa da propriedade contra a violência do Estado ou de outros indivíduos. O mesmo é sindicável, por exemplo, no que se refere ao direito fundamental social de greve, do qual pode ser extraído um núcleo de proteção ao exercício do direito de greve do trabalhador. Entretanto, a forma de exercício e efetividade desses direitos é que são condicionados a uma maior densidade que lhes permita o exercício.

O que a autora coerentemente pondera é que o conteúdo dos direitos fundamentais sociais não pode vir determinado para todos os casos de um modo definitivo, visto que sua abertura semântica permite que sua substancialidade seja delimitável apenas no caso concreto²⁵⁴.

Essas questões deságuam inevitavelmente num problema de efetividade dos direitos sociais, na medida em que não são formulados, e dificilmente o serão, critérios precisos de aplicabilidade, dado o seu caráter de indeterminação e ausência de densidade normativa. Entretanto, esta não é uma condição atribuível à totalidade dos direitos sociais. Dessa maneira, o problema que se coloca é que alguns direitos sociais podem se apresentar como direitos fundamentais diretamente aplicáveis, visto que sua estrutura normativa é compatível com essa possível exequibilidade. Exemplo do exposto são as regras estampadas no texto constitucional nos arts. 7º, inciso XIII e 212 da Constituição Federal. Noutro passo, outros direitos sociais dependem essencialmente de uma atividade de mediação legislativa que lhes permitam executar pelo Poder Público²⁵⁵.

Ainda levando em consideração os ensinamentos de Cristina Queiroz, é nesse espaço criado pelo processo de concretização da norma de direito fundamental que se pode formular o seu núcleo ou o seu conteúdo essencial²⁵⁶. É nesse sentido que os direitos sociais, a depender da interpretação diante do caso concreto adquirem a densidade normativa ou o peso que lhes permitam adequar-se às diferentes circunstâncias fáticas.

²⁵⁴ *Op. Cit.* p. 181.

²⁵⁵ *Op. Cit.* p. 179

²⁵⁶ *Op. Cit.* p. 181

Em que pese as considerações traçadas, que revelam algumas dificuldades de efetivação de direitos fundamentais sociais em razão da estrutura normativa de tais direitos, Carlos Roberto Galvão Barros propõe a necessária superação dos dogmas formalistas pelos magistrados, que fazem com que os mesmos se isolem num formalismo jurídico e deixem de lado a essência das normas jurídicas²⁵⁷.

Tal postura judicial funciona como bloqueios de efetivação de direitos fundamentais, na medida em que a resistência de revisitação de alguns dogmas como uma supervalorização do princípio da legalidade²⁵⁸ e da separação dos poderes, o que em muitos casos torna sem efeito a função jurisdicional com base em tais argumentos.

No que concerne à legalidade enquanto óbice de efetividade aos direitos fundamentais sociais, tem-se que esta assume não uma função voltada à preservação do valor segurança nas relações jurídicas, mas assume um caráter de proeminência muitas vezes em relação até aos valores constitucionais que condicionam a lei. Segundo Carlos Roberto Galvão, uma aplicação inadequada do princípio da legalidade pode ser perfeitamente visualizada mediante o registro do acórdão do RE-AgR 309381/DF, que examinou a constitucionalidade da Lei nº 8.088/90, que majorou o índice de correção monetária do imposto de renda das pessoas jurídicas. Para o autor, tendo em vista que o julgado aponta uma postura passiva do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade do Judiciário agir enquanto legislador positivo para alterar o índice de correção abusivo do imposto de renda, ao invés de invalidar a lei que atenta contra inúmeros princípios constitucionais²⁵⁹.

O apego à letra da lei incide num problema de engessamento da atividade judicial dificilmente contornável para uma atuação voltada para a realidade social e política. Nesse sentido, Andreas Krell argumenta que um dos maiores impedimentos a ser transposto pela magistratura brasileira consiste num formalismo jurídico operado por gerações de operadores

²⁵⁷ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 145.

²⁵⁸ *Op. Cit.* p. 147.

²⁵⁹ *Op. Cit.* p. 149.

do direito, traduzida numa argumentação muito mais voltada para aspectos lógico-formais da interpretação jurídica do que para as questões valorativas ligadas à justiça material²⁶⁰.

Nesses termos, muito embora seja difícil delimitar a esfera de atuação judicial principalmente no que concerne aos limites de invasão nas esferas de outros Poderes, a clássica tripartição entre as esferas de atuação pública não é mais concebida em sua essência da mesma maneira, o que sugere que a Separação dos Poderes não pode servir de óbice à realização de direitos fundamentais, tendo em vista que o princípio sub comento não é um fim em si mesmo, concebido tão somente como forma de limitação do poder estatal, mas sim, antes de tudo, uma forma de disciplinar um equilíbrio social no exercício de funções correlacionadas e de grande envergadura.

É nesse sentido que Andreas Krell afirma que o princípio da Separação dos Poderes acabou assumindo um efeito estagnador em relação às reivindicações sociais, razão pela qual precisa ser revisitado para continuar atendendo aos seus propósitos de garantia de direitos fundamentais tanto contra o arbítrio, quanto contra as omissões estatais²⁶¹.

Uma outra questão afeita aos limites de operacionalidade dos direitos sociais guarda relação à função, ou melhor, à não-função do magistrado enquanto legislador positivo. Na esteira deste entendimento, elucidativas são as palavras de Carlos Roberto Galvão quando este acrescenta que

De acordo, portanto, com o mito do legislador positivo, o Magistrado, em sede de controle de constitucionalidade, não pode extrair da Constituição uma regra para o julgamento do caso concreto, mas apenas censurar os atos que sejam incompatíveis com a Constituição. Em outras palavras, o juiz pode invalidar um ato inconstitucional, retirando-o do ordenamento jurídico, mas não pode criar uma regra, extraída da própria Constituição, para suprir uma omissão violadora do texto constitucional. Ora, é ilógico que o juiz possa anular um ato, uma ação, mas não possa suprir uma omissão. Em ambos os casos, há uma ilicitude, uma violação ao texto constitucional que deve ser suprida. Se a função de corrigir ou de reparar direitos é do Poder Judiciário, não parece razoável que, na

²⁶⁰ KRELL, Andreas. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. KRELL, Andreas (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 48-49.

²⁶¹ *Op. Cit.* p. 53.

hipótese de omissão, que constitui uma transgressão constitucional, ele não possa fazê-lo²⁶².

Tendo em vista as lições acima apresentadas, é perceptível que o problema relacionado à chamada questão do “legislador positivo” denota uma certa resistência ao exercício da atividade criativa do juiz, ligada ainda a uma postura formalista arraigada do pensamento jurídico, conforme anteriormente exposto.

Por fim, um óbice corriqueiramente imposto quando do processo de concretização das normas jurídicas de direitos fundamentais sociais pela via judicial, e que merece atenção quanto à necessidade de alguns delineamentos é a chamada cláusula ou princípio da “reserva do possível”.

Oriundo da prática constituída no Tribunal Constitucional Alemão no fim da década de 1960, início da década de 1970, a reserva do possível se tornou condição oponível pelo Estado para justificar a limitação financeira na realização das prestações positivas as quais o ente estatal estaria vinculado. Note-se que a oposição de reserva financeira é uma decorrência direta da função prestacional atrelada aos direitos fundamentais sociais, a sua dimensão subjetiva a a sua conseqüente justiciabilidade.

Em interessante abordagem, Rafael Lazari se propôs a analisar a natureza jurídica da reserva do possível. Para o autor, não se trata de uma regra, visto que de acordo com a teoria dworkiana do “tudo ou nada” não é possível confrontar a reserva do possível enquanto regra com uma gama de dispositivos constitucionais porque, de certo, acabaria os invalidando. No fim das contas, a reserva do possível funcionaria mais como um “nada” no que penderia para o “tudo”, descaracterizando o viés regrativo e principiológico que prevêm os direitos fundamentais²⁶³.

De igual modo, não é possível atribuir à reserva do possível a natureza de valor, tendo em vista um grande risco de supremacia da negação à implementação de direitos sociais

²⁶² BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010, p. 159.

²⁶³ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 63.

que tal classificação poderia causar²⁶⁴. Nesse passo, a reserva do possível também não poderia ser enxergada como uma metanorma, na medida em que uma metanorma não poderia estar sujeita à ponderação em razão da norma que lhe deu origem, e tal procedimento seria como “ponderar a ponderação”²⁶⁵.

Assim, resta à reserva do possível à natureza jurídica de princípio, e pela simples razão, apresentada por Dworkin e aprofundada por Alexy, de que entre princípios cumpre estabelecer uma lógica de contrabalanceamento, entre o elemento preponderante e o elemento preponderado, tendo em vista a aferição do peso de cada um de acordo com as circunstâncias apuradas casuisticamente²⁶⁶.

Deste modo, Rafael Lazari esclarece que, como princípio, a reserva do possível comporta alegação excepcional por parte do Estado, ou seja, não cabe em toda demanda que lhe é formulada, mas apenas naquelas em que seja inacessível ao orçamento público e o dispêndio se traduza efetivamente em prejuízo para a coletividade. Isso porque, para o autor, a excepcionalidade relacionada à reserva do possível está relacionada às “escolhas trágicas”

a serem feitas quando estão em jogo mais de um interesse social, ou um direito social e vários interesses individuais. Mesmo porque, há se distinguir a “inexistência de recursos” o que *raramente* ocorre Estado de grande arrecadação e grande distribuição de bens sociais, como é o caso do Brasil, da “escolha alocativa de recursos” o que geralmente ocorre num Estado em que essa distribuição é maior que a arrecadação como é o caso do Brasil²⁶⁷. (grifo do autor).

Tendo em vista tais considerações, tais limites de operacionalidade dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional decorrem, senão, de uma dificuldade de manejo com a estrutura normativa de tais direitos, mais dificilmente conformativa. Sob esse prisma, assume proeminência a distinção galgada através dos novos parâmetros constitucionais entre

²⁶⁴ *Op. Cit.* p. 64.

²⁶⁵ BIGOLIN, Giovanni. **A reserva do possível como limite à eficácia e à efetividade dos direitos sociais**. Revista do Ministério Público. Porto Alegre, n. 53, p. 67, mai/set 2004. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../15658-15659-1-PB.pdf Acesso em: 02/02/2014.

²⁶⁶ LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 68.

²⁶⁷ *Op. Cit.* p. 60.

regras e princípios jurídicos, ambas as espécies normativas dotadas de cogência e impositividade jurídicas.

Não foge à questão relativa aos óbices de efetividade às normas veiculadoras de direitos sociais a discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade quando em demandas que envolvam a realização de políticas públicas e alocação de recursos orçamentários através de decisões judiciais, o que recorre à questão do ativismo judicial e suposta ausência de legitimidade democrática do Judiciário para a ingerência em assuntos designados constitucionalmente ao Poder Executivo.

Quanto a este aspecto, cabe fazer alguns apontamentos quanto à discussão travada em relação à carência de legitimidade constitucional do Poder Judiciário, estabelecendo o necessário cotejo com teorias que tratam do caráter democrático verificável nas decisões judiciais, assim como a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria em questão.

3.2.3. A questão da efetivação de direitos fundamentais pragmaticamente visualizada: afronta à legitimação democrática?

Tendo em vista um redimensionamento da função prestacional relacionada aos direitos fundamentais sociais, é possível analisar o arranjo que vai se desenhando no Brasil na empreitada da realização dos direitos fundamentais, relacionando-o com o papel desempenhado pelo Judiciário na efetivação dos direitos sociais, assim como os limites impostos ao exercício de tal competência precípua.

Nesse ponto, é cediço que numa democracia, qualquer deliberação que envolva o dispêndio de recursos públicos ou qualquer decisão alocativa que venha se traduzir em bens e serviços para a sociedade, deve ser enxergada sob a forma de uma decisão política de cunho majoritário, sob pena de malferição ao princípio democrático.

Nesse ponto, considerando a estruturação do poder político em razão do Princípio da Separação dos Poderes, ao Judiciário é atribuído precipuamente a tarefa de controle das

decisões políticas que importem em observância às determinações constitucionais, sendo este, portanto, seu limite de atuação. O problema mais comum que verifica quanto à atividade judicial é a definição de critérios ou limitações claramente visualizáveis quanto à justiciabilidade dos direitos fundamentais, tendo em vista que o Judiciário vem assumindo verdadeiro protagonismo na questão da efetivação de direitos de cunho prestacional, tendo em vista a inércia ou ausência de operatividade do Executivo e do Legislativo no cumprimento de tal mister.

Um argumento corriqueiramente imposto à vedação da atuação judicial de feição mais ativista seria o de que, além de os magistrados não serem dotados de conhecimento técnico suficiente em matéria de políticas públicas e planejamento orçamentário, os juízes não teriam legitimidade democrática para interferir na formulação de políticas públicas e realização de direitos fundamentais no plano administrativo, tampouco na esfera legislativa, razão pela qual não seriam suficientemente legitimados democraticamente para atuar em matéria de controle de políticas públicas²⁶⁸.

Isso porque a atuação em matéria de alocação de recursos públicos impescinde de representação política que só pode ser conferida censitariamente, através do sufrágio universal, por meio do qual os representantes escolhidos pela maioria popular são legitimados a tomar as decisões políticas, tornando-se a voz que emana a vontade popular. Nesse ponto, o controle judicial é carecedor de legitimidade democrática por que seus operadores não foram escolhidos popularmente, não possuem mandato eletivo, assim como suas decisões possuem um caráter de impositividade que fere o princípio democrático, tornando-se decisões contra-majoritárias²⁶⁹.

Nesse aspecto, duas formulações teórico-filosóficas contemporâneas parecem interessantes a justificar a legitimação democrática a intervenção judicial no controle da efetividade dos direitos fundamentais e que se coadunam a uma visão metodológica pragmática por valorizarem a experiência judicial como forma de efetivação de direitos fundamentais. A primeira delas seria a noção de *consenso sobreposto constitucional* atribuída John Rawls.

²⁶⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva: 2005, p. 492.

²⁶⁹ *Idem*, p. 493-494.

Em síntese, a teoria contratualista de Rawls parte da ideia de que uma teoria que pretenda lançar bases sobre a justiça não poderia permitir que as pessoas fossem beneficiadas ou prejudicadas por circunstâncias alheias às suas próprias escolhas, razão pela qual imagina os indivíduos numa posição hipotética original, na qual os mesmos não têm como saber quais serão os atributos, qualidades e infortúnios que receberão quando estiverem inseridos na sociedade. Nessas circunstâncias, sob a proteção do chamado *véu da ignorância*, assegura Rawls, tais indivíduos terão como escolher como serão construídas as estruturas da sociedade, e escolheriam os princípios de justiça abstraindo os recursos, as vantagens ou as desvantagens as quais restarão submetidos²⁷⁰.

Desse modo, os princípios da justiça seriam formulados tendo em conta que mesmo que os indivíduos buscassem a todo custo uma satisfação pessoal de seus interesses, acabariam aceitando a igualdade como forma de fomento à sua associação.

Com base no construtivismo kantiano a orientar a sua obra, Rawls ainda parte da noção de construtivismo e reconstrutivismo como forma de criação e adaptação dos princípios de justiça à realidade social vigente. Nesse sentido, Rawls sustenta que os princípios de justiça não são algo pronto e acabado, não constituindo, assim, verdades definitivas, o que evidencia um notável caráter pragmático de sua obra. Assim, o procedimento de construção dos princípios de justiça atenderão a parâmetros racionais na medida em que não se mostram como dados objetivos, mas como criações humanas conduzidas através de um procedimento racional²⁷¹.

A partir da década de 1980, em que Rawls revisitou diversos aspectos de sua teoria da justiça, criou o importante conceito de *justiça como equidade*, adotado não como uma concepção de justiça verdadeira, mas como uma noção que pode servir de lastre para um acordo político voluntários entre cidadãos livres e iguais²⁷².

²⁷⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira Souza. **Consenso Constitucional, neutralidade política e razão pública:** elementos de teoria da Constituição em Rawls. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 181-201.

²⁷¹ *Idem*, p. 197.

²⁷² RAWLS, John. **Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2ª Ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 277-278.

A partir do concepção de justiça como equidade, Rawls não abandona a sua formulação teórica da posição original, mas procura priorizar uma nova estratégia de justificação de seus princípios de justiça, denominada *consenso sobreposto*. Rawls percebe que as sociedades contemporâneas possuem um traço distintivo marcante que deve ser considerado: o pluralismo. Assim sendo, passa a questionar como é possível a coexistência de tantas posições ideológicas e filosóficas distintas num mesmo contexto social estável, sem que uma acaba necessariamente se sobrepondo a outra²⁷³.

Esta noção incide no que Rawls vem a denominar de *razões públicas*, as quais podem ser conceituadas como questões de extrema essencialidade e conteúdo político fundamental, e que por isso não podem ser enquadradas na esfera particular de nenhuma doutrina específica²⁷⁴. Ao contrário, as razões não-públicas são aquelas que, por se amoldarem a alguma teoria ou doutrina defendida por algum grupo específico não tem uma essência fundamental não se relacionando a um conteúdo político afeito às decisões públicas.

Assim, a razão pública deve prevalecer nos fóruns de discussão, de modo que as decisões políticas girem unicamente em torno de crenças gerais e para as formas de argumentação presentes no momento em que tais discussões são levadas a cabo. Nesse ponto, os indivíduos integrantes de democracias constitucionais são possuidores de dois atributos essenciais: a *racionalidade* e a *razoabilidade*.

Nesse diapasão, a racionalidade seria a capacidade de ter uma concepção particular acerca de determinado bem e selecionar adequadamente os meios para realizá-la. Isso incide no fato de que a racionalidade está ligada às crenças particulares e não relacionada à razão pública, não estando inserida no universo das discussões políticas fundamentais. Por outro lado, a razoabilidade, está ligada está relacionada ao senso de justiça que move os indivíduos, tendo em vista que consideram não só uma perspectiva individualista, mas a do outro indivíduo²⁷⁵.

É nesse passo que a razoabilidade permite uma cooperação social entre os indivíduos imbuídos pelo senso de justiça e relevância social que os move, donde se deriva a

²⁷³ *Op. Cit.*, p. 286.

²⁷⁴ *Op. Cit.*, p. 288-289.

²⁷⁵ *Op. Cit.*, p. 284.

impossibilidade de se recorrer a doutrinas abrangentes como forma de justificação da deliberação pública, o que se dá no ambiente jurisdicional²⁷⁶.

Transpondo as questões por ora colocadas em relação à razão pública ao plano constitucional, tem-se que, para Rawls, o consenso sobreposto não opera da mesma forma. Para o autor, isso ocorre mediante um processo gradual de adesão através do qual, primeiro, os princípios de justiça deverão ser aceitos como regra prática, ainda que com certa relutância, depois tendem a alterar as doutrinas abrangentes até que seja alcançado efetivamente um *consenso sobreposto constitucional*²⁷⁷.

Desse modo, somente através do fomento de um consenso é possível atingir níveis de cooperação social, ainda que inicialmente tal consenso seja imposto através de um regra prática. Essa é, na posição do autor, a melhor forma de conciliar posições sociais intercambiantes, o que não incide, necessariamente, numa sobreposição de uma doutrina sobre a outra.

O papel jurisdicional se insere nessa perspectiva revelando o que muitas vezes ocorre na prática quando da prolação de uma decisão judicial: um comportamento ou conduta é prescrita, e ainda que inicialmente não legitimada, passa a ser incorporada socialmente através da prática, quando tais decisões são cumpridas e seu teor é reverberado em decisões subsequentes.

Uma segunda formulação teórica ainda mais eloquente que se propõe a elucidar a questão da legitimidade democrática da atuação do Judiciário em matéria de direitos fundamentais é a teoria da *representação argumentativa* formulada por Robert Alexy²⁷⁸. Segundo o autor, um conceito adequado de democracia deve compreender não somente uma decisão como um argumento. Em síntese, a representação do povo por uma corte constitucional seria puramente argumentativa e não censitária, e o fato de a representação por

²⁷⁶ *Op. Cit.*, p. 210-211.

²⁷⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira Souza. **Consenso Constitucional, neutralidade política e razão pública:** elementos de teoria da Constituição em Rawls. In: **Direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 199.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular.** In: **A constitucionalização do Direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 295-304.

uma maioria parlamentar ser volitiva tanto quanto discursiva demonstra que representação popular e argumentação não são de todo incompatíveis²⁷⁹.

A fim de fomentar uma representação argumentativa sob o viés democrático, Alexy afirma a existência de duas condições necessárias: a existência de argumentos corretos ou plausíveis, e a existência de pessoas racionais, que estejam capazes de aceitar os argumentos pelos fatos de eles serem corretos ou plausíveis. Assim sendo, um número suficiente de pessoas deve aceitar esses argumentos como razões de correção das decisões judiciais²⁸⁰.

Nesse ponto em particular, Alexy chega a afirmar a proximidade de suas colocações teóricas, propondo uma analogia à teoria liberal de Rawls, quando afirma que os indivíduos são homens constitucionais. Afirma, por conseguinte, que a jurisdição constitucional é uma expressão da prioridade ou da superioridade dos direitos fundamentais sobre e contra a legislação parlamentar²⁸¹.

Na proposta de Alexy para os direitos fundamentais sociais de feição prestacional, para saber o que é um direito fundamental justiciável é necessário saber qual é o direito definitivo do titular, isto é, aquilo que é exigível do Estado, o que se dá através do processo concretizador da norma mediante a técnica de ponderação²⁸².

Em síntese, para Alexy, a atividade jurisdicional em matéria de direitos prestacionais incidirá de forma legítima, mediante a aferição de sua exigibilidade face o Estado, para o que se torna necessário a extração de seu conteúdo normativo definitivo. Noutro passo, um direito fundamental dotado de caráter *prima facie*, embora vinculante enquanto os demais direitos fundamentais positivados constitucionalmente, ainda terá seu conteúdo amoldado mediante ponderação, razão pela qual a atividade de controle jurisdicional se faz necessária à elucidação de tal conteúdo²⁸³.

²⁷⁹ *Idem*, p. 302.

²⁸⁰ *Op. Cit.*, p. 303 -304.

²⁸¹ *Op. Cit.*, p. 300.

²⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74.

²⁸³ *Op. Cit.* p. 78.

Desta feita, percebe-se que as considerações propostas por Alexy acerca da representação argumentativa tendem a conferir um caráter democrático à atividade jurisdicional através dos fatores de correção das decisões judiciais, relacionando diretamente o princípio democrático à questão discursiva, sem que seja necessário incidir na representação majoritária popular através do voto.

Deve-se ter em mente que numa democracia representativa instaurada tardiamente e nos parâmetros em que se deu o processo de redemocratização brasileira, a atividade jurisdicional se mostra imprescindível à garantia de acesso à justiça e participação democrática, tendo em vista um visível quadro de desigualdade social e infinitas formas de realização de direitos fundamentais ainda carentes de concretização, conforme vem sendo exposto no decorrer do presente estudo.

Sob uma perspectiva pragmática, não se pode perder de vista que a proposta de discussão aqui envolvida cinge-se a visualizar o pragmatismo jurídico enquanto método, enquanto lente que, quando colocada diante dos olhos, permite enxergar como determinada formatação teórica tende a se comportar na realidade. Por ser jurídico, tem-se que o ambiente de observação a que interessa o pragmatismo é o ambiente no qual são conformadas as decisões judiciais enquanto forma genuína através da qual o direito é criado.

Desta forma, pragmaticamente consideradas, as duas propostas teóricas acima esboçadas atendem aos propósitos de justificação democrática da atividade jurisdicional, tendo em vista que tal atividade é essencial à criação do direito e não deve ser vista como uma afronta ao princípio democrático. Ressalte-se também que o pragmatismo jurídico parte da importância de um contexto social, dentre outros fatores relevantes, como elementos de influência na criação do direito, razão pela qual não pode ser desconsiderada tal questão no processo de construção de uma realidade imanente à ciência jurídica.

Deste modo, a inclusão da atividade judicial dentro de uma prática social cotidiana faz com que tal prática seja absorvida e incorporada às condutas tidas por sociais, seja argumentativamente, seja através de princípios de cooperação social, ou através de um pacto social legitimado constitucionalmente através da imposição de uma regra que estabeleça o a obrigatoriedade do voto como forma de participação popular. Uma vez incorporadas ao meio social, seja gradual e voluntariamente ou por imposição, tais comportamentos passarão a ser legitimados através de uma aceitação majoritária que lhes dão efetividade.

É nesse sentido que John Dewey afirma que, antes de ser algo extrínseco, a ser legitimado através de regras de determinação majoritária, a democracia é algo ínsito ao indivíduo, faz parte de sua essência e constitui alguma coisa pertencente à sua personalidade, denotando, antes de tudo, um sentimento, numa visão mais particular do princípio democrático. A democracia é, para Dewey algo experimental, consistindo num modo de vida de organizar e chegar a um consenso para o estabelecimento de verdades a serem reconstruídas empiricamente²⁸⁴.

No que concerne à questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário, sobretudo frente ao Princípio da Separação dos Poderes, tem-se que quando o assunto é a aplicação e efetividade de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal assevera que o Poder Judiciário é legítimo guardião da Constituição, o que o autoriza à tutela e salvaguarda dos direitos veiculados na Carta Constitucional, mormente quanto à proteção dos direitos fundamentais eventualmente lesionados pela omissão do Estado²⁸⁵.

Nesse meio, assume proeminência, sobretudo quanto à observância ao princípio democrático e participação popular nas decisões políticas do Estado, a adoção de medidas “extracurriculares” nos tribunais como as audiências públicas realizadas pelo STF, em matérias de grande mobilização popular como os casos envolvendo o à concessão gratuita de medicamentos pelo Estado e seus critérios autorizadores, o aborto de fetos anencéfalos e, recentemente, a questão da possibilidade de internamento pelo SUS na modalidade “diferença de classe”, com relatoria do Ministro Dias Toffoli, já com repercussão geral reconhecida no Recurso Especial nº, que busca subsídios para julgamento, tendo em vista a

²⁸⁴ DEWEY, John. **Democracia e Educação**: Introdução à Filosofia da Educação. 4ª ed. São Paulo, Editora Nacional, 1979, 420p. Seleção, digitação, diagramação e impressão de José Lino Hack. Pelotas, FaE/UFPel, janeiro de 2002, p. 84.

²⁸⁵ Nesse sentido, vide o posicionamento da Ministra Carmem Lúcia, nos termos assim ementados: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AUMENTO DE LEITOS EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SE CONFIGURA SUBSTITUTIVA DE PRERROGATIVA DO PODER EXECUTIVO. DETERMINAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário - ARE nº 740800 AgR / RS. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgado em: 03/12/2013. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 25/02/2014.

grande probabilidade de proliferação de demandas análogas em todo o país e a grande relevância da matéria tanto para a sociedade quanto para a Administração Pública²⁸⁶.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem apresentando alternativas à justificação de sua legitimidade enquanto órgão de jurisdição constitucional, principalmente através da tentativa de aproximação e disposição ao diálogo com a sociedade civil²⁸⁷. A primeira audiência pública convocada pelo STF, assim o foi pelo Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento envolvendo a Lei de Biossegurança, frente a possibilidade de utilização de “células-tronco” de embriões. Na ocasião, o Ministro Ayres Brito fez consignar que

Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se ornava de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização da audiência pública, a teor do §1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada por esta colenda Corte²⁸⁸.

Com efeito, Geisla Van Haandel aponta que a justificativa do Ministro para a convocação da audiência pública pelo STF amolda-se à ideia de “representação argumentativa” desenvolvida por Robert Alexy como fundamento de legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal²⁸⁹. Desta feita, o diálogo com a sociedade civil, como forma de subsidiar uma decisão vinculativa, nos moldes de um constitucionalismo

²⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário - RE nº 581488/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 13/02/2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 16/02/2014.

²⁸⁷ MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel. **O processo democrático de construção das decisões em se de de controle de constitucionalidade**: Uma análise a partir das audiências públicas jurisdicionais e da teoria da representação argumentativa. *In: Constituição e Direitos Fundamentais*: Estudos em torno dos fundamentos constitucionais do Direito Público. Ingo Wolfgang Sarlet et. Al. (Org.). Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, p. 284.

²⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3510 / DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em: 29/05/2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/10/2013.

²⁸⁹ MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel. *Op. Cit.*

discursivo, guarda relação com a aceitação, pela população, dos argumentos evidenciados nas decisões daquele Sodalício enquanto “instância de reflexão do processo político”.²⁹⁰

Assim é que, a atividade jurisdicional de controle de efetividade dos direitos fundamentais sob esta perspectiva se mostra imprescindível se considerada sob o ponto de vista da experiência, como meio através do qual o direito é construído e adaptado à realidade social que se propõe a reger. Do mesmo modo, a participação democrática que legitima a tomada de decisões públicas fundamentais pode ser concebida sob o mesmo parâmetro experimental, de modo que consiga adequar e canalizar a importância da atividade jurisdicional no exercício do controle dos direitos fundamentais.

3.4. Os direitos fundamentais sociais e a análise econômica do direito: fatores de congruência frente à teoria dos direitos fundamentais.

Tendo em vista as considerações traçadas a respeito da caracterização doutrinária e jurisprudencial dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais passíveis de tutela jurisdicional a garantir-lhes a efetividade condigna com seu status constitucional, perpassando por seu delineamento como direitos fundamentais que assumem um caráter multifuncional, assumindo tanto uma feição positiva quanto de abstenção quanto ao tratamento que lhes é concedido, e ainda, localizando o problema atual da efetividade dos direitos fundamentais sociais em razão dos óbices ou problemas de operacionalidade enfrentados no trato das decisões judiciais pelos tribunais quando do controle concentrado de constitucionalidade, cumpre estabelecer um cotejo entre uma possível realização de análise econômica do direito nos moldes em que vem sendo elaborada no curso do presente estudo com os direitos fundamentais e seus problemas de efetividade.

Tem-se que, à análise econômica do direito comumente são atribuídos estudos envolvendo a prática do método ao direito privado, mormente direito de família, direito real

²⁹⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (Trad.). 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78-79.

de propriedade, direito empresarial e propriedade intelectual, assim como no direito público são elucidativos os estudos desenvolvidos no ramo do direito penal e administrativo. Contudo, tendo por enfoque a pertinência aos direitos fundamentais sociais, impende traçar no plano constitucional alguns delineamentos acerca das possíveis relações existentes entre os direitos fundamentais e a AED.

O primeiro enfrentamento proposto quando se trata de análise econômica do direito é que o raciocínio relacionado à abordagem econômica geralmente é consubstanciado em colocar os fatores de análise em padrões quantitativos, o que cria uma barreira quanto à aceitação da AED, tendo em vista uma clara dificuldade aplicada no direito de enxertar no bojo de decisões judiciais critérios extra-jurídicos. Nesse sentido, vale reafirmar as lições de Andreas Krell no sentido de que um dos maiores impedimentos ao exercício da magistratura no Brasil consiste numa argumentação dos operadores muito mais voltada aos aspectos lógico-formais da interpretação jurídica do que as questões valorativas ligadas à justiça material²⁹¹.

. No mais, algumas teorias econômicas que sobrelevam o fator eficiência como forma de maximizar o proveito ou a utilidade evidenciada nos efeitos da tomada de determinada decisão apregoam um raciocínio utilitarista que colide com o pensamento ético-jurídico que o direito preserva. Uma delas seria a teoria econômica clássica que carrega as ideias de Thomas Malthus, segundo o equilíbrio entre crescimento demográfico e recursos alimentares não depende nem do nível das subsistências nem do tipo de organização social, mas única e exclusivamente dos comportamentos individuais²⁹², o que justificava a exclusão dos pobres e enfermos do contexto social, e a defesa de epidemias e guerras como forma de controle populacional. Assim, o aspecto econômico condicionado por um padrão de maximização envolto numa determinada decisão poderia legitimar condutas inaceitáveis à justificativa de que seriam economicamente mais eficientes.

²⁹¹ KRELL, Andreas. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. KRELL, Andreas (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 48-49.

²⁹² BANDEIRA, Mário Leston. **Teorias da população e modernidade: O caso português**. *Análise Social*. Vol. XXXI, n. 135, 1996, p. 7-43. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223389966U6oIN8wu5Rt70DI3.pdf>

Contudo, como já afirmado em linhas anteriores, a argumentação criada com base na realização de análise econômica não tem por escopo sufragar soluções já encontradas pela dogmática jurídica, assim como encontra limites no próprio texto constitucional. De igual modo, a racionalidade ligada ao método econômico, e, principalmente, ao critério de maximização da eficiência, não tem por fim estabelecer um padrão ético absoluto, de modo que o magistrado dotado de um raciocínio pragmático deverá avaliar comparativamente as diversas soluções possíveis ao caso posto à sua apreciação, analisando que tais decisões alternativas podem ser fundamentadas em diferentes fontes, jurídicas e não-jurídicas. A melhor decisão, ou a mais eficiente, será aquela que melhor atender às expectativas e necessidades humanas e sociais, sendo um juiz, portanto, um agente interveniente na realidade social.

Também quanto a esse ponto, deve-se ter em mente que os indivíduos enquanto agentes econômicos tendem a maximizar os seus interesses, moldando as normas jurídicas de modo a potencializar a utilidade alcançada através delas, e assim o direito serve a tal propósito. A eficiência a ser maximizada de acordo com essa proposta está relacionada a uma otimização dos benefícios auferidos através dos efeitos da decisão em contraponto às demais decisões igualmente viáveis ao caso concreto e que deixaram de ser tomadas por não proporcionarem os melhores resultados quanto comparadas à posição adotada, e este não é um padrão essencialmente econômico e sim pragmático.

Quanto ao critério de maximização eficiência e sua relação com as decisões judiciais, assume destaque alguns conceitos familiares à teoria microeconômica como o Teorema Paretiano ou o “Ótimo de Pareto”, bem como as noções de equilíbrio e de eficiência. Como esboçado no curso do presente estudo, a eficiência em grau paretiano será atingida toda vez que não for mais possível alcançar nenhum benefício ou situação mais favorável sem prejudicar ou desfavorecer uma outra situação envolvida. Dito de outro modo, o raciocínio que envolve o Ótimo de Pareto não é senão a realização de um balanceamento ou sopesamento entre os bens comprometidos numa mesma circunstância, de modo a preservar o máximo dos dois conteúdos e a otimizar a decisão.

Nesse quesito, Robert Alexy chega a colocar a questão do Teorema de Pareto frente à colisão entre direitos fundamentais, estabelecendo um cotejo entre o chamado “Ótimo de Pareto” e a técnica do sopesamento como forma de otimizar o processo de decisão entre

direitos fundamentais colidentes. Em seu artigo intitulado *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*, Alexy teve por missão responder às críticas formuladas por Harbermas no sentido de que a ponderação retiraria dos direitos fundamentais o seu caráter normativo, perdendo a sua “prioridade estrita” e seu poder imperativo, ao passo em que incorreriam no risco de serem prolatadas “decisões irracionais”, visto que o balanceamento não seria dotado de critérios de correção racionais (*rational standars*)²⁹³. Caso tal objeção fosse constatada, o enfoque do balanceamento certamente viria abaixo, visto que o direito está necessariamente vinculado a alguma pretensão de correção²⁹⁴.

Quanto ao debate a respeito da verificação de critérios racionais aplicáveis à ponderação ou ao sopesamento, Virgílio Afonso da Silva atenta para o fato de que não existirá um método puramente objetivo aplicado à interpretação do direito que anule qualquer subjetividade necessária à análise do caso. Quanto a este aspecto, assevera o autor que “o ponto de partida para qualquer debate sobre objetividade e racionalidade na aplicação e na interpretação do direito é a constatação de que não é possível buscar uma racionalidade ou uma objetividade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e aplicação do direito”²⁹⁵.

Desta feita, conclui o autor que

Seria simplesmente uma ingenuidade imaginar que existe uma forma de aplicação que exclua a subjetividade do intérprete. Exigir isso de qualquer método é exigir algo impossível. Mas muitos daqueles que vêem no sopesamento um método irracional e subjetivo de aplicação do direito parecem supor que outros métodos seriam capazes de garantir uma racionalidade quase perfeita²⁹⁶.

²⁹³ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132.

²⁹⁴ ALEXY, Robert. **Law and Correctness**. In: Legal Theory at End of Millennium. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 205-214. Disponível em: <http://clp.oxfordjournals.org/content/51/1/205.extract>

²⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação e objetividade**. In: Direito e interpretação: racionalidades e instituições. Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 366-367.

²⁹⁶ *Op. Cit.* p. 368.

Por isso mesmo, a fim de conferir racionalidade a qualquer método que venha de auxílio à interpretação e aplicação do direito, deve ser conferido minimamente um ônus de argumentação jurídica²⁹⁷. Em continuidade às lições de Virgílio Afonso, dois fatores são responsáveis por conferir maior racionalidade e objetividade ao discurso jurídico quanto ao sopesamento entre valores ou direitos fundamentais, quais sejam, a possibilidade de controle intersubjetivo e a possibilidade de previsibilidade, às quais são conseqüências das ideias de segurança jurídica e coerência do ordenamento²⁹⁸.

Desta forma, quanto à condição de controle de intersubjetividade relativo à ponderação, tem-se que o sopesamento não pode ser compreendido tão somente como uma relação de preferência simples e sem qualificativos, como se a escolha fosse resumida a “preferir isso àquilo”. Ao revés, em atenção ao aspecto metodológico, essas relações de preferência devem ser fundamentadas de modo a explicitar um escalonamento na relação existente entre a restrição a um direito e a realização do outro direito envolvido. No mais, as decisões judiciais baseadas em sopesamentos devem ser fundamentadas de acordo com o substrato teórico utilizado pelo julgador para formar o seu convencimento, de modo que tais argumentos retem evidenciados no bojo da decisão e sejam, portanto, passíveis de questionamento²⁹⁹.

Assim sendo, fazendo um contraponto entre a efetividade máxima dos direitos fundamentais e a utilização da técnica de sopesamento como meio de potencializar os efeitos da escolha entre os direitos fundamentais em jogo, tem-se que a ponderação assume a função de conferir racionalidade à tomada de decisão, que sem este recurso padeceria de inoperatividade visto que não seria optar por um valor absoluto em detrimento de outro. Transpondo ao aspecto econômico no que se refere à tomada de decisão, o sopesamento seria uma representação do optimal paretiano aplicada ao âmbito dos direitos fundamentais.

Segundo Alexy, tendo em vista que a ponderação sujeita-se ao princípio da proporcionalidade, e com ele ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

²⁹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação e objetividade**. In: Direito e interpretação: racionalidades e instituições. Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 370.

²⁹⁹ *Op. Cit.* p. 372.

que este último não possui outro significado senão uma otimização relativa às possibilidades jurídicas envolvidas na demanda, de modo que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”³⁰⁰.

O mesmo se diga quanto aos outros princípios que regem a ponderação entre valores, quais sejam, os princípios da adequabilidade e da necessidade. Tendo em vista que o princípio da adequação elimina a possibilidade de adoção de meios que firam ou obstaculizem a realização de um bem jurídico, sem promover outro bem jurídico ou finalidade para qual eles foram criados, tem-se que Alexy demonstra que “o princípio da adequabilidade não é nada mais do que a expressão da idéia do optimal de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra”³⁰¹. O critério econômico paretiano pode ser configurado, deste modo, como meio de conferir racionalidade ao discurso jurídico quando da necessária realização de sopesamento entre direitos fundamentais.

Quanto aos direitos sociais, tem-se que tais direitos fundamentais veiculados na Carta Constitucional são dotados de grande carga valorativa e possuem suporte fático amplo³⁰², o que incide no fato de que na maioria dos casos os interesses ou bens jurídicos envolvidos na demanda colidem de tal forma que o sopesamento entre os mesmos é medida que se mostra necessária.

Nessa seara, cumpre abrir um parêntese quanto à diferenciação das normas de direitos sociais quanto à sua estrutura normativa, caso se apresentem sob a forma de regras ou princípios. Ao defender um critério interessante baseado nos diferentes papéis desempenhados por cada espécie normativa, Ana Paula de Barcellos assevera que a questão da diferenciação entre princípios e regras repercute numa relação estreita entre os valores da segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do direito proporcionados pela aplicação das regras jurídicas e o ideal de justiça alcançável através de uma aproximação ao conteúdo

³⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

³⁰¹ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 134.

³⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 291.

valorativo dos princípios³⁰³. A autora atribui aos princípios um núcleo do qual podem ser extraídos efeitos determinados ou condutas indispensáveis à realização dos efeitos prescritos na norma. Vale dizer, os princípios possuem um núcleo com natureza de regra, apurado após um processo de interpretação, e se necessário, de ponderação preventiva³⁰⁴.

Nesse sentido, impende destacar que, ao final do processo de concretização de uma norma de direito social, independentemente de originalmente ser regra ou princípio, a atividade hermenêutica poderá dar origem a um mandamento definitivo apurado de acordo com o caso concreto. No mais, por não se tratarem de tipos normativos fechados, uma mesma norma de direito social pode funcionar num determinado caso como regra e em outro como princípio, sendo, portanto, normas abertas ao meio interpretativo empregado³⁰⁵.

Com efeito, tal constatação incide na perspectiva de que uma vez que as normas de direitos sociais podem assumir a forma de regras e princípios e, o mandamento nelas contidos ser prontamente exigível ou exequível, faz-se necessário observar que, quando assumirem a forma normativa de princípio, estarão naturalmente sujeitas ao mecanismo da ponderação. Noutro passo, isso não exclui a possibilidade de as regras serem ponderadas quando em conflito com um princípio, visto que, nesse caso, a regra pode ser afastada pela introdução de uma cláusula de exceção geralmente informada por um princípio³⁰⁶.

Ainda no que concerne à relação existente entre a racionalidade aplicável à necessária ponderação entre direitos ou valores fundamentais conflitantes, não se pode desconsiderar os princípios da *máxima efetividade dos direitos fundamentais* e da *concordância prática*.

De acordo com as lições de Canotilho, o princípio da máxima efetividade "é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a

³⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 186.

³⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 178.

³⁰⁵ *Op. Cit.* p. 68

³⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.486.

interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)"³⁰⁷. A referência a tal princípio hermenêutico encontra-se no artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, visando a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna.

Em relação ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, assim como em relação aos chamados princípios orientadores da interpretação constitucional, Virgílio Afonso da Silva atenta para o fato de que a idéia de concordância prática já está implícita na ideia de máxima efetividade, assim como, em verdade, muitos dos princípios interpretativos se confundem, sendo utilizados na experiência jurisprudencial indistintamente como se fossem princípios de interpretação constitucional, de modo a sufragar os cânones de interpretação jurídica³⁰⁸.

Noutro passo, o princípio da concordância prática, que decorre do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, preconiza que as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas em consonância com as demais normas constitucionais de modo a evitar o sacrifício total de um princípio ou direito fundamental, realizando uma restrição proporcional ao seu alcance, de acordo com a finalidade da norma constitucional envolvida³⁰⁹.

Contudo, Virgílio Afonso da Silva novamente ressalva que existem diferenças marcantes entre os princípios da concordância prática e da proporcionalidade aplicável ao sopesamento, e que sugerem uma incompatibilidade entre os mesmos. Para o autor, a concordância prática não possui uma estrutura pré-definida que sirva a alcançar os fins aos quais se propõe, ao contrário da proporcionalidade que possui três subregas – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – ,os quais oferecem uma forma racional e organizada para a solução de conflitos entre direitos fundamentais. No mais, a concordância

³⁰⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Editora Alamedina, 2003, p. 227.

³⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: Interpretação Constitucional. Virgílio Afonso da Silva (Org.). 1ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 135-139.

³⁰⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Editora Alamedina, 2003, pag. 231.

prática não implicaria necessariamente em sopesamento de bens ou valores, ao passo que a proporcionalidade ensejaria tal exigência³¹⁰.

Em remissão à teoria de Konrad Hesse sobre a concordância prática, Alexy demonstra não existir colisões entre o referido princípio e a ponderação, de modo que a concordância prática enseja uma delimitação dos bens jurídicos colidentes, permitindo que ambos os bens jurídicos envolvidos ganhem uma realização ótima³¹¹, não se tratando da aplicação da regra do “tudo ou nada”, mas do sopesamento entre os princípios e direitos fundamentais em jogo na demanda.

Assim sendo, uma situação ótima no sentido paretiano seria a maximização da efetividade de um determinado direito fundamental, de modo a promover a menor restrição possível ao outro direito ou valor fundamental em colisão, o que demonstra grande proximidade aos princípios de interpretação constitucional acima mencionados.

Também quanto ao princípio da concordância prática há uma nítida preocupação quanto ao equilíbrio de valores em conflito, buscando uma eficiência no sentido paretiano de modo a preservar ao máximo e promover um sacrifício mínimo aos direitos fundamentais afetados.

Por derradeiro, deve ser salientada a maior congruência existente entre a análise econômica do direito e os direitos fundamentais sociais, representada pelo princípio ou cláusula geral da “reserva do possível”, como manifestação do raciocínio econômico. Pela reserva do possível, a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais que impliquem em custos e ônus financeiros devem ser realizados na melhor medida possível, ou dentro do financeiramente razoável.

O pensamento atrelado à ideia de reserva do possível é essencialmente econômico e encerra o raciocínio de que os recursos públicos são escassos e as necessidades humanas relacionadas a tais recursos são infundáveis. Assim sendo, devem ser promovidas escolhas ótimas quanto a alocação de tais recursos, de modo que seja beneficiada a maior quantidade

³¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). 1ª Ed., 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 128.

³¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151-152.

de indivíduos possível com os recursos disponíveis para tal mister. O magistrado, nesse caso, deverá considerar que os efeitos da decisão que proferir interferirá na realização dos direitos individuais de outros indivíduos, razão pela qual tais consequências não podem ser inobservadas.

Quanto a este aspecto, deve ser considerado que o Supremo Tribunal Federal ainda oferece resistência à consideração de aspectos econômicos relacionados à reserva do possível, sendo que, em relação ao direito fundamental social à saúde, na opinião do Ministro Celso de Mello, tais questões econômicas e orçamentárias, não podem servir de entrave à realização de direitos fundamentais de suma importância como o direito à vida e à saúde. Tal posicionamento fica consignado em seu voto proferido no Ag. Reg. No RE nº 271.286-8/RS, quando o Ministro afirma que

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana³¹²

Sendo assim, o fundamento econômico é tratado como não sendo relevante de tal forma que venha a pôr em risco a concretização de um direito fundamental. Quanto a tal hesitação por parte do Supremo, algumas possíveis razões para este fundamento podem ser elencadas. Segundo Armando Castelar Pinheiro, a maioria dos magistrados acreditam que possuem um papel atrelado à justiça redistributiva, tendo por objetivo proteger a parte mais fraca na disputa. Tal fato desemboca na possibilidade de que alguns mercados não se desenvolvam, vindo a prejudicar exatamente os grupos que os juízes visam a proteger³¹³. Por outro lado, uma posição proativa em relação à efetivação de direitos fundamentais em desprivilégio a uma visão consequencialista da matéria pode estar relacionada a uma não

³¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Especial - Ag. Reg. No RE nº 271.286-8 /RS. Relator: Min. Celso de Melo. Julgado em: 12/09/2000. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13/10/2013.

³¹³ CASTELAR, Armando Pinheiro. **Judiciário, reforma e economia**: a visão dos magistrados. Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 48. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf

incidência num discurso contra-majoritário caso a decisão desse outro desfecho ao posicionamento do Tribunal.

Traçadas as considerações acerca dos elementos de relação entre os direitos fundamentais sociais e a análise econômica do direito, cumpre situar a questão da realização dos direitos sociais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo a relação existente entre a realidade jurisprudencial desta Corte Constitucional com os preceitos relativos a uma possível análise econômica pragmática do direito no bojo de suas decisões.

3.5. A realização dos direitos sociais frente à realidade jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Como dito em pontos anteriores do presente estudo, somente é possível aferir um quadro paradigmático acerca de uma determinada posição jurisprudencial trabalhando em observar os chamados *hard cases*, ou melhor dizendo, nos casos limítrofes nos quais será possível averiguar em sob quais condições e mediante quais argumentos o direito está sendo produzido.

Desta forma, a partir deste estágio do presente trabalho, se faz necessário apontar algumas linhas argumentativas sob as quais foram construídas as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da implementação e realização de direitos fundamentais sociais, como de fosse possível esboçar um “estado da arte”, um inventário a respeito do tema com base nas decisões do STF.

3.5.1. Direito à saúde

Pode-se dizer que quando de um despertar para justiciabilidade dos direitos sociais perante o Supremo Tribunal Federal, a partir do ano de 2000, mediante as demandas concessivas de medicamentos para o tratamento do vírus HIV, a interpretação abrangente e exaustiva conferida ao direito fundamental à saúde era de que tal direito possuía conteúdo de fundamentalidade, assim como deveria ser efetivado pelo Estado de forma plena e universal.

O Judiciário estaria autorizado a atuar na efetivação e garantia do direito à vida do indivíduo, na medida em que o Estado se mostrasse omissivo em seu dever de prestar a assistência devida, sendo dever do Judiciário suprir a omissão estatal.

O acórdão referente ao Ag. Reg. no RE nº 259.508-0/RS, julgado em 08/08/2000, cuja relatoria pertenceu ao Ministro Maurício Corrêa, denegou o pedido do município de transferência da responsabilidade de concessão gratuita de medicamentos contra o HIV ao ente estatal, ainda que tal responsabilidade tenha sido firmada através da Comissão de Gestores Bipartite, sob a legação municipal de afronta ao princípio da Separação dos Poderes. No referido acórdão, o Ministro deixou consignado que

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas pela norma do artigo 196 da Carta da República. Portanto, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional [...] Ademais, o reconhecimento judicial da validade jurídica de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal (artigos 5º , caput, e 196) e representa, na concretização do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço a vida e à saúde, especialmente daqueles que nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua dignidade³¹⁴.

O decisão acima transcrita, que serviu de parâmetro de julgamento para as decisões posteriores, germinou o posicionamento de que qualquer dos entes federativos é solidário no cumprimento das obrigações judicialmente impostas ao Estado, não incidindo em mácula ao princípio constitucional da Separação dos Poderes. Também restou decidido que não incidiria em mácula ao referido princípio uma atuação positiva por parte do STF, no sentido de obrigar o Estado a prestações de cunho pecuniário, tendo em vista que as decisões alocativas de recursos públicos constituem precipuamente uma tarefa administrativa e não judicial. Sendo assim, o Judiciário é agente legitimado a atuar positivamente sob pena de omissão quanto ao seu dever constitucional.

³¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial - Ag. Reg. no RE nº 259.508-0/RS, Relator Min. Maurício Corrêa. julgado em 08/08/2000. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 13/10/2013.

É certo que as primeiras decisões envolvendo a concessão de medicamentos pelo Estado não faziam qualquer referência alocativa à questão do custo dos direitos, nem qualquer tipo de sopesamento em função das consequências mediatas que tais decisões viriam a ensejar. Tratava-se, grosso modo, a uma efetivação absoluta dos anseios populares pelos benefícios resguardados constitucionalmente, sustentados pelo discurso de se tratar, aquela Corte, da guardiã suprema da Constituição, devendo fazer valer os seus ditames.

A esta altura, questões orçamentárias ou que envolvessem algum aspecto consequencialista ou de cunho universalista eram consideradas questões sem grande importância, relegadas diante dos casos que envolvessem a preservação do direito fundamental à saúde³¹⁵. No mais, tais questões de ordem financeira ou burocrática, relativas ao aparato administrativo do Estado, na opinião dos ministros, não poderia servir de óbice à realização de um direito fundamental, tornando uma análise mais detida às consequências da decisão um entrave à realização do direito material nela inscrito, conforme é possível deprender dos Recursos Especial datados no período compreendido entre 2009 e 2010, a exemplo dos RE 342.413/PR e RE 195.192/RS, sob as relatorias dos ministros Marco Aurélio Melo e Ellen Grace, respectivamente.

Tanto é assim que no Ag. Reg. no RE nº 271.286-8/RS, também de relatoria do Ministro Celso de Mello é afirmada a plausibilidade da dispensa de licitação para a compra de medicamentos, visto de tratar de caso de urgência permitida pela Constituição. O Ministro é enfático quanto a este aspecto em seu voto quando assevera que

A licitação não se faz necessária para a aquisição dos medicamentos, pois ela é dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas. **Também com estes argumentos afastam-se as assertivas de inexistência de previsão orçamentária**³¹⁶ (sem grifos no original).

³¹⁵ WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista DireitoGV, SÃO PAULO 4(2) | P.539-568 | JUL-DEZ 200. Disponível em: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd08_10_escassez_de_recursos_custos_dos_direitos_e_reserva_do_possivel_daniel_wang.pdf. Acesso em: 14/10/2013.

³¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial - Ag. Reg. No RE nº 271.286-8/RS, Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 13/08/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/10/2013.

Destarte, o caráter de prevalência do direito fundamental à saúde em relação aos demais valores constitucionais conflitantes era presente na quase totalidade das decisões analisadas. O argumento principal era o de que a saúde é um direito subjetivo e inalienável dos indivíduos, sendo que qualquer questão de ordem financeira não poderia se sobrepor ao dever constitucional de sua efetividade, o que justificaria, inclusive, uma sublimação de outros dispositivos constitucionais.

Em relação à submissão das decisões que impunham obrigações pecuniárias ao Estado ao regime de precatórios, já no ano de 2006, o Ministro Cezar Peluso manteve firme o posicionamento do STF, através do acórdão proferido no AI 597182/RS, quanto à possibilidade de bloqueio de verbas públicas para o custeio de tratamentos de saúde pleiteados judicialmente.

O argumento do Ministro Peluso foi o de que não se estaria por meio da decisão a discutir a forma como a Fazenda Pública satisfaz os seus débitos, visto que para tanto deve ser observado o disposto no art. 100, *caput*, e §2º da Constituição Federal, mas foi discutido bloqueio judicial de verbas públicas como medida coercitiva para que a determinação judicial quanto ao fornecimento de medicamentos e a quem deles necessite para sobreviver, seja efetivamente cumprida ou que se obtenha o resultado prático equivalente³¹⁷.

Decisão paradigmática em matéria de saúde foi a que julgou a Medida Cautelar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, na qual o Ministro Celso de Mello, após longas digressões doutrinárias sitas na própria ementa da decisão, as quais apregoam que questões orçamentárias ou de ordem burocrática não podem servir de sustentáculo a uma atuação desconforme com os ditames constitucionais pelo Estado, julgou prejudicado o incidente por perda de objeto.

É de se notar, dessa forma, que as questões processuais se sobrepujam uma necessária discussão aprofundada sobre uma visão consequencialista sobre a matéria, assim como os argumentos de ordem material utilizados eram de certa forma relegados a um aspecto superficial diante da positivação constitucional. Também é curioso notar que na ADPF 45, ao

³¹⁷ Agravo de Instrumento - AI 597182/RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 10/10/2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13/10/2013.

passo em que o Ministro Celso de Mello propunha que a elaboração e execução de políticas públicas é dever que compete ao Legislativo e ao Executivo, defende simultaneamente a legitimidade do Judiciário para o enfrentamento e controle das questões que envolvam a promoção de políticas públicas.

A Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 90, por sua vez, cuja relatoria foi da Ministra Ellen Grace, julgada em 2007, se tratou do primeiro voto em que o pleito inicial do requerente não foi atendido. A decisão recorrida determinou o imediato pagamento de mais de 200 mil reais ante necessidade do requerente realizar correção cirúrgica de hérnia hiatal.

A ministra manteve os termos da decisão agravada, tendo em vista se tratar de ofensa ou lesão à ordem pública compelir o Estado ao imediato pagamento de alta quantia para custeio de tratamento de saúde, o que descumpre o art. 100 da Constituição Federal e o art. 2º, alínea b, da Lei nº 9494/97. O pagamento, nesse caso, só poderia ser realizado depois do trânsito em julgado da decisão que o concedeu. Asseverou a Ministra a necessidade de submissão dos pedidos ao regime de precatórios, mesmo os de caráter alimentar³¹⁸, o que iria de encontro ao posicionamento até então consolidado na Corte.

Após longo debate e do voto proferido pela Ministra, foi elucidado em sessão plenária que, em verdade, tratava-se de um precatório para o qual o autor exigia antecipação em função do quadro de saúde do requerente. Nesses termos, o Ministro Marco Aurélio Melo acentuou que se tratava de um precedente perigoso, tendo em vista a possível concessão de tratamento igualitário a credores do Estado portadores de moléstias graves, o que incidiria numa enxurrada de demandas análogas frente à impossibilidade do Estado de cumpri-las.

Outro ponto distintivo da jurisprudência do STF foi a prolação decisão em sede de STA nº 91 pela Ministra Ellen Grace, a qual, também contrariando a corrente firmada até então pelo Tribunal, determinou a não obrigatoriedade do Estado em fornecer os medicamentos requeridos, o que provocou mais efervescência na discussão que envolvia a concessão de medicamentos pelo Poder Público.

³¹⁸ Suspensão de Tutela Antecipada - STA 90 AgR/PI. Relatora: Min Ellen Grace. Julgado em: 13/09/2007. Disponível em: www.stf.jus.br.

Isso porque o a escassez de recursos orçamentários, sua finitude e necessidade de otimização foram realmente considerados enquanto razões da decisão. De igual modo, a Ministra contemplou em sua decisão a possibilidade de o ente estatal não ser obrigado a fornecer o medicamento que não estivesse incluído nas portarias, mais especificamente, na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde. Em acréscimo, a discussão já tinha evoluído ao estágio de serem consideradas as políticas públicas como meio de otimização de recursos públicos, visto que atenderiam a um maior número de indivíduos a um custo igual ou inferior.

Entretanto, Daniel Wei Lang Wang aponta, conforme noticiado pelo jornal O Estado de São Paulo à época, que, com base no precedente deixado em aberto pelo STF, várias Secretarias de Saúde com base na STA nº 91, passaram a interromper o fornecimento de medicamentos que não constavam da lista do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidos em razão de decisões judiciais³¹⁹. Isso fez com que mais a frente, nos incidentes de suspensão de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231, a Ministra revisse seu posicionamento, de modo a reconhecer que cada pedido deveria ser apreciado considerando as circunstâncias concretas de cada caso, não se estendendo indistintamente e vinculativamente a todos os casos que tratassem de concessão de medicamentos.

A postura adotada pela Ministra Ellen Grace pode ser justificada pelos efeitos decorrentes de uma visão ampliativa da concessão ou realização de direitos fundamentais sociais, o que ocasionou uma operatividade massiva dos argumentos apontados no dispositivo da decisão no plano prático, o que certamente era algo de certo modo não antevisto pelo Tribunal, tendo em vista que a princípio as questões de ordem consequencialista foram relegadas a segundo plano.

No mais, após o precedente firmado no Tribunal acerca da obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, os recursos ajuizados perante do STF entre os anos de 2005 e 2007 pelos entes federativos visando à sua não-responsabilização foram apenados por litigância de má-fé, tendo em vista o caráter procrastinatório dos referidos recursos ante a jurisprudência até então pacificada no Supremo quanto à matéria de concessão de medicamentos, conforme é perceptível no acórdão do Agravo Regimental no Recurso Especial - RE 534908 AgR/PE, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, o qual assevera que medidas como

³¹⁹ WANG, Daniel Wei Liang. *Op. Cit.*

o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.³²⁰

Nos julgamentos que se seguiram ao ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões reafirmativas dos termos em que vinha consolidando o entendimento dos ministros sobre a matéria. Questões como obrigatoriedade de concessão de medicamentos pelo Estado ante o direito fundamental subjetivo à saúde, solidariedade dos entes federativos quanto à referida obrigatoriedade, possibilidade de tutela jurisdicional para o pleito de tratamento de saúde e afins, assim como a impossibilidade de evocação de questões financeiras e orçamentárias por parte do Estado frente ao dever de promoção de políticas públicas que visem à defesa do bem-estar e da saúde dos cidadãos passaram a constar da pauta de julgamento em remissão aos precedentes já firmados pela Corte³²¹.

A questão envolvendo grave lesão à ordem pública devido ao sequestro de verbas públicas destinadas ao custeio de tratamentos de saúde suscitada pelos Estados passou a existir comprovação nos autos, sem o que os recursos foram indeferidos, a exemplo da STA nº 175/CE, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes³²².

Em decisões mais recentes, datadas dos anos de 2012 e 2013, os Ministros do Supremo passaram a dispor expressamente em suas decisões sobre questões que antes pareciam veladas no bojo da parte dispositiva das decisões, passando a consubstanciar verdadeiras *ratio decidendi* dos julgados. Em voto do Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário nº 762242/RJ, já o teor da ementa apresenta que “O Poder Judiciário, em

³²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial - RE 534908 AgR/PE. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 26/09/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/10/2013.

³²¹ Exemplo de tal assertiva está consubstanciada em decisão do Min. Dias Toffoli, cujo teor está assim ementado: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Solidariedade entre os entes federativos. Precedentes. 1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. 2. Agravo regimental não provido”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No RE nº 756149/RS. Primeira Turma, Relator Min. Dias Toffoli, julgamento em 17/12/2013. Disponível em: www.stf.jus.br

³²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175 AgR/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente). Julgado em: 17/03/2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/10/2013.

situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da Separação dos Poderes”³²³.

Apesar dos julgados anteriores já fazerem menção acerca da legitimidade constitucional do Poder Judiciário para decidir acerca da matéria envolvendo políticas públicas, só era possível enxergar tal questão sob o argumento de que o Judiciário é legítimo guardião da Constituição e por isso é autorizado constitucionalmente a tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos contra as omissões do Estado. O diferencial dos julgados mais recentes passa a ser que o Supremo Tribunal Federal passa a declarar ser o Poder Judiciário e o próprio Pretório Excelso, por conseguinte, é legítimo interventor em matéria de políticas públicas, podendo, inclusive, realizar políticas públicas por meio de suas decisões, determinado ao Estado que adote as medidas necessárias à satisfação dos direitos constitucionalmente tutelados.

O mesmo se diga quanto às decisões da Ministra Carmem Lúcia no Recurso Extraordinário nº 665764/RS, no qual a Ministra declara ser o Poder Judiciário possuidor da prerrogativa de determinar políticas públicas³²⁴. De igual modo, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 740800/RS, em acórdão que tratou de intervenção judicial em hospital estadual para a determinação do aumento de leitos em unidade de terapia intensiva – UTI, a Ministra em seu voto determinou a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, novamente asseverando que não se trata de ingerência indevida do Poder Judiciário em afronta à Separação dos Poderes.

Contudo, o voto a Ministra Carmem Lúcia difere do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli em julgado semelhante, visto que a argumentação trazida pela Ministra foi no sentido de que a determinação do aumento de leitos em UTI não se configura atividade administrativa substitutiva da prerrogativa do Poder Executivo, tendo em vista que se trata, em verdade, da implementação de política pública já existente.

³²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – RE nº 762242/RJ . Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 22/03/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/02/2014.

³²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário – RE nº 665764 . Relator(a): Ministra Carmem Lúcia. Julgado em: 13/08/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23/02/2014.

Nesse íterim, o Ministro Celso de Mello proferiu voto no Recurso Extraordinário nº 581352/AM, quanto à necessidade de melhora no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Tal julgado contempla expressamente a questão dos custos dos direitos e da “reserva do possível” que segundo o Ministro, deve ser inaplicada todas as vezes que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial³²⁵.

Nos termos do voto acima assinalado, a cláusula ou “formula da reserva do possível”, numa perspectiva da teoria do custo dos direitos, não pode servir à legitimação do injusto adimplemento dos deveres estatais de prestação de serviços públicos essenciais como a saúde, visto que se tratam de obrigações constitucionalmente impostas ao Estado. Ademais, a omissão estatal legitima uma atuação afirmativa por parte do Judiciário a colmatar as inconsitucionalidades por omissão do Executivo.

Para tanto, o Ministro evocou o que chama de “teoria da restrição das restrições”, a qual confere poderes ao Judiciário para implementar direitos fundamentais essenciais, uma vez que a inércia do Poder Público (Executivo e Legislativo) se torna uma inconstitucionalidade insanável. De acordo com o Ministro Celso de Mello

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Em sua fundamentação, o Ministro ainda se utilizou de referências doutrinárias como Luis Fernando Sgarbossa³²⁶ para referendar o seu posicionamento quanto à teoria acima aludida para afirmar que

as limitações a direitos fundamentais, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p.

³²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial – RE nº 581352/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 28/05/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/11/2013.

³²⁶ SGARBOSSA, Luis Fernando. **Crítica à teoria do custo dos Direitos**. São Paulo: Ed. Fabris Editor – safE, 2010, p. 273/274.

ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.

Assim sendo, o Poder Público não tem mais respaldo na teoria da reserva do possível para a não realização de direitos fundamentais como o direito à saúde, assim como tais direitos não se traduzem em normas programáticas sem efeito pleno em razão de sua fundamentalidade. Por tal motivo, o Supremo Tribunal Federal declara a possibilidade do Poder Judiciário promover a colmatação das omissões do Poder Público, dando-lhes a devida correção.

A referida decisão ainda admitiu a possibilidade de arbitramento de astreintes como medida coercitiva ao cumprimento da decisão concessiva de medicamentos, e em casos de relevante interesse social como aquele posto sob exame. Na oportunidade, também foi sobressaltado pelo Ministro em seu voto os precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação à implementação de políticas públicas delineadas na Constituição Federal.

Por fim, cumpre tratar da recente questão em debate do STF envolvendo o direito à saúde no que diz respeito ao regime de “diferenciação de classe” nos hospitais filiados ao Sistema Único de Saúde, com a possibilidade de complementação das despesas hospitalares pelo paciente nos casos em que o tratamento exigir acomodações particulares ou quando o próprio paciente assim requerer. O argumento contra tal possibilidade gira em torno do tratamento universal e igualitário que constitui premissas fundamentais do Sistema Único de Saúde – SUS frente ao princípio da isonomia, visto que colocaria o acesso ao atendimento de saúde em condições díspares aos segurados.

Deve ser frisado que, muito embora a matéria esteja em apreciação no STF, não é a primeira vez que a questão da “diferenciação de classe” vem a julgamento naquela Corte. Em 1999, sob a relatoria do Min. Ilmar Galvão no Recurso Extraordinário nº 226.835-6/RS, o Ministro votou pela permissão da internação sob o regime de “diferença de classe” em confronto à limitação existente na Resolução nº 283/91 do antigo INAMPS, que vedava tal possibilidade.

O aprofundamento e resolução da matéria foi adiado em função da argumentação de que envolvia questão infraconstitucional não passível de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, até que o Ministro Galvão colocou a matéria em termos de preservação do direito

fundamental à vida e à saúde frente ao princípio da isonomia, proferindo seu voto no sentido de que

O direito à saúde, como está assegurado na Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzir, em si, o direito ou dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução nº 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atenteu-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde³²⁷.

A matéria foi trazida à baila novamente em 2010 sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski no Recurso Especial nº 516671/RS, reafirmando a possibilidade de internamento em hospital público às expensas do Sistema Público de Saúde e complementação do tratamento com o serviço privado, sem que restasse configurada ofensa ao princípio da isonomia.

Para o Ministro Lewandowski, o acesso igualitário e universal estabelecido como premissa para o atendimento pelo SUS “impossibilita, apenas, que o próprio sistema público de saúde estabeleça padrões de atendimento disponíveis apenas para alguns cidadãos. Porém, nada obsta que o indivíduo, à custa de recursos próprios, busque na iniciativa privada atendimento não dispensado pelo SUS”. Além do mais, assevera o Ministro que o art. 199 da Constituição Federal estabelece ser livre à iniciativa privada a prestação dos serviços de saúde, ao passo em que a Administração pública não pode condicionar tais serviços apenas àqueles que não se utilizam do serviço prestado pela rede particular, o que iria de encontro à universalidade que o SUS preceitua. No mais, tal possibilidade não interfere no modo como a Administração Pública distribui os recursos destinados à saúde, razão pela qual tal permissivo é devido.

Recentemente, a matéria veio novamente à discussão – e ainda não teve seu desfecho até a data de fechamento do presente estudo – com a convocação de audiência pública pelo Min. Dias Toffoli para o mês de maio de 2014, com vistas à discussão em sede de Recurso

³²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário- RE nº 226.835-6/RS. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em: 14/12/1999. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17/10/2013.

Extraordinário – RE nº 581488/RS – acerca do tema da “diferenciação de classe” no Sistema Único de Saúde.

O referido Recurso Extraordinário foi interposto pelo Conselho regional de Medicina do Rio Grande do Sul – CREMERS, que procura compelir o Município de Canela – RS a permitir o regime de diferenciação no hospital municipal. O feito já possui repercussão geral reconhecida pelo Tribunal desde 2012, e através do referido recurso, o Conselho de Medicina busca a revogação dos termos da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, segundo a qual o pagamento complementar de serviços de saúde na esfera privada confere tratamento diferenciado aos usuários do SUS.

A audiência pública foi convocada pelo relator do recurso, ministro Dias Toffoli. Segundo ele, a audiência pública permitirá a oitiva de especialistas, representantes do poder público e da sociedade civil, permitindo obter informações técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas sobre a matéria.

A repercussão geral foi configurada, muito embora, conforme assentado, já exista posicionamento firmado dentro do STF quanto à matéria em questão. Para o Ministro Toffoli, a questão ganha repercussão dada a sua relevância social e para a Administração Pública e deve ser posta em discussão naquela Corte tendo em vista a densidade constitucional que extrapola os interesses subjetivos das partes, assim como existe grande possibilidade de multiplicação de demandas semelhantes quanto à internação pelo SUS com possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida pelo usuário mediante o pagamento de diferença entre os valores correspondentes³²⁸.

Assim sendo, há de ser ressaltado que, no caso da internação pelo Sistema Único de Saúde, mediante o regime de “diferença de classe” a ser examinado pelo STF, esta Corte considera a possibilidade de revisão de seu posicionamento considerando as prováveis consequências que uma decisão concessiva quanto a esta matéria venha a ensejar. Nesse caso, pode ser levado em consideração, inclusive, a possibilidade de que grande contingente populacional venha a se utilizar dos serviços públicos de saúde mediante pagamento de

³²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário - RE nº 581488/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 13/02/2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 16/02/2014.

quantia diferenciada para a obtenção de melhores serviços; a possibilidade de que os hospitais particulares credenciados pelo SUS sob a modalidade filatropica venham a ser beneficiados pelo precedente em questão, condicionando de certo modo a qualidade e a prestação de seus serviços ao pagamento de quantia a título de complementação; e, ainda, o encarecimento dos serviços públicos de saúde, tendo em vista um possível aumento de demandas pela absorção de parcela do mercado que se utiliza dos serviços privados fomentados pelos planos de saúde. Todas essas questões podem ser avaliadas pelo Tribunal, por meio da realização da referida audiência pública, a fim de tomar a decisão que se diga mais eficiente ao caso.

3.5.2. Direito à educação

Na matéria que envolve o direito social à educação, o STF não seguiu caminho diverso. As decisões analisadas tiveram por objeto, basicamente, a criação compulsória de vagas em creches e escolas públicas para o atendimento de crianças em idade escolar cujos pais não tinham condições de prover o ensino particular, tendo em vista, ainda, a legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de direitos sociais e coletivos, sendo tal instituição a expoente no pólo ativo de tais demandas.

Tanto é assim, que em decisões posteriores ainda em relação à obrigação de fazer imposta ao Estado em relação ao direito social à Educação, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.210/SP, muito embora o município de Santo André - SP alegasse a impossibilidade de arcar financeiramente com a oferta compulsória de vagas em creches municipais, o argumento principal utilizado pelo Ministro Carlos Veloso em seu julgamento foi o de que a educação é um direito fundamental, competindo ao Judiciário fazer valer a Constituição.

Quanto à matéria, o STF manteve seu posicionamento afirmativo quanto ao dever estatal de promoção ao direito social à educação e ao desporto, assim como a legitimidade do Judiciário para a realização de políticas públicas em caráter compulsório frente ao Estado através de suas decisões nos casos em que a omissão estatal assim o justificasse.

Nesse sentido, os votos analisados, principalmente os de relatoria do Min. Celso de Mello que versavam sobre a obrigatoriedade de oferecimento de vagas em creches e escolas

para crianças com até cinco anos de idade³²⁹, chegaram até mesmo a repetir diversos trechos dos votos relacionados à matéria “direito à saúde”, reafirmando questões como a inutilização da cláusula da “reserva do possível” frente ao dever estatal de efetivação de direitos fundamentais e ainda quanto ao dever social e institucional do Judiciário de promover a efetivação de direitos sociais, o que se depreende dos trechos novamente colacionados pelo Ministro no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 639.337/SP, quando o ministro afirma que

É que, dentre as inúmeras causas que justificassem comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primaziada Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos³³⁰.

Da análise dos votos relativos ao direito à educação, percebe-se que as ações afirmativas do STF quanto ao direito à educação são uma decorrência do posicionamento inicialmente firmado nas demandas concessivas de efetivação ao direito à saúde, matéria que sem dúvida abriu o caminho para novos rumos no que concerne à realização dos direitos fundamentais sociais pelo Supremo Tribunal Federal.

³²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário - ARE nº 463.210 AgR/SP – Relator: Ministro Carlos Veloso. Julgado em: 27/05/2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/10/2013.

³³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário - ARE nº 639.337 AgR/SP – Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 18/10/2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/10/2013.

Sem dúvida, o voto analisado que marca uma mudança paradigmática do STF quanto a uma abordagem consequencialista se mostra na Ação Direta de Constitucionalidade nº 3324/DF, que se propunha a julgar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.536/97, a qual permite a transferência de servidor público federal, civil ou militar, estudante, ou seu dependente estudante, instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, desde que a solicitação tenha sido realizada em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde esteja a instituição para onde se pretenda transferir ou para a localidade mais próxima desta.

Em sua peça póstica, o Procurador-Geral da República, na condição de requerente, aduz que a permissão legislativa de ingresso em instituições públicas de forma obrigatória sem o cumprimento do requisito do vestibular malferir o princípio da isonomia, assim como tornaria obrigatória a criação ou reserva de vagas para tal finalidade, o que seria incompatível com a capacidade financeira das instituições de ensino público superior.

Interessante frisar que em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes considerou que o orçamento público destinado a tais instituições é limitado e insuficiente ao número de vagas ofertadas, e constatou, com base em relatórios de desempenho financeiro e orçamentário acostados aos autos, que o número de vagas destinados ao atendimento de transferências compulsórias comprometeria a oferta de vagas pelas universidades públicas.

Também foi utilizado enquanto argumento a limitação constitucional de realização de despesas excedentes dos limites do planejamento estabelecido em lei orçamentária, de acordo com o preceituado pelo art. 167, I, a Constituição Federal, colocando como ponto de discussão a origem dos recursos que financiam as vagas disponibilizadas ao ensino superior assim como a finitude de tais recursos.

De igual modo, muito embora o ensino superior oferecido nas universidades federais e estaduais fosse gratuito aos estudantes, tal termo não pode ser concebido de tal maneira em sua essencialidade, visto que é custeado por créditos orçamentários que pesam nos cofres públicos e, decorrentemente, no bolso dos cidadãos. Por isso mesmo, a decisão tinha por escopo uma necessária harmonização entre as transferências obrigatórias e a escassez de recursos orçamentários.

O voto acima analisado é sobremaneira importante à compreensão da importância de uma análise consequencialista ou de aferição da eficiência a ser alcançada através da decisão judicial, mas principalmente porque colacionam à discussão não somente a questão dos custos do direito e da limitação de recursos, mas também fazem desses elementos argumentos fundamentais no julgamento.

3.5.3. Direito à moradia

No que pertine ao direito social à moradia, a principal questão que serviu de objeto de análise foram os votos referentes à impenhorabilidade do bem de família do locatário e de seu fiador, por força do direito social à moradia digna expresso no art. 6º da Constituição Federal, em expressa referência à chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Os votos em questão tinham por escopo analisar e julgar a possibilidade de penhora de imóvel residencial do fiador, tendo em vista o fato de que o locatário estaria resguardado quanto a tal possibilidade em função da regra de impenhorabilidade do bem de família. O julgamento traz interessante posicionamento do Ministro Cezar Peluso, relator do Recurso Especial nº 407.688/SP, o qual se posiciona pela efetivação do direito social à moradia sendo que por via transversa, ou seja, admite-se a penhora de imóvel residencial pertencente ao fiador tendo em vista a provável desregulação do mercado imobiliário que sofrerá com os pesados custos decorrentes da majoração dos riscos do contrato de locação, o que por sua vez asseguraria o direito à moradia de modo geral, e não somente no que se refere ao direito subjetivo à moradia do fiador e do locatário. Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso assevera que

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, não se confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento de oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso ao mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente

exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positividade e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas³³¹.

Destarte, o argumento principal do voto do Ministro Peluso foi o de que a decisão no sentido de resguardar a impenhorabilidade do bem de família do fiador do imóvel locado tenderia a promover um desequilíbrio no mercado imobiliário de tal modo que o contrato de locação restaria oneroso, prejudicando o direito à moradia dos pretensos locatários e fiadores que seriam afetados com os efeitos do precedente criado pela Corte.

Quanto à discussão travada no julgamento da matéria, foram vencidos os votos dos Ministros Celso de Mello, Carlos Ayres Brito e Eros Grau, os quais defenderam o resguardo do direito social à moradia tanto do locatário quanto do fiador. O argumento principal dos votos vencidos era o de que o STF tem por função precípua o resguardo dos termos dispostos na Constituição Federal, e a aplicação do que dispõe o art. 6º da Carta Constitucional ao caso *sub judice*, não cabendo àquele Tribunal a análise dos efeitos das decisões sobre o mercado, visto que políticas públicas de regulamentação da economia são de responsabilidade do Executivo.

Em voto dissonante na Ação Cautelar nº 2.587/SP, o Ministro Ayres Brito reconheceu que seu posicionamento fora vencido pela maioria dos ministros do STF, quando afirma que

A partir das citadas qualificações constitucionais (sobretudo aquela que faz da residência uma necessidade essencial do trabalhador e de sua família), o direito à moradia se torna indisponível e, portanto, não pode sofrer penhora por efeito de contrato de fiança. Tese, entretanto, em cuja defesa fiquei vencido, na companhia dos Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Com efeito, naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal assentou que a impenhorabilidade do bem de família do fiador “*romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia*”.

³³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial - RE nº 407.688/SP. Relator: Ministro César Peluso. Julgado em 13/02/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 25/02/2014.

Em outras palavras: Na dicção da maioria dos Ministros este STF, a penhora decorrente de fiança em contrato de locação termina por proteger o próprio direito à moradia³³². (grifos como no original).

Assim sendo, tais decisões assentam um posicionamento do Supremo Tribunal Federal que sobreleva uma questão consequencial enquanto fundamentação de julgamento, considerando que os efeitos da decisão sobre o mercado imobiliário afetariam sobremaneira à efetivação do direito social à moradia, extrapolando os limites da controvérsia em julgamento.

Por fim, pesquisa jurisprudencial se propôs a filtrar interessantes decisões em matéria de direitos sociais que tinham por elemento em comum a questão do chamado “efeito multiplicador”. Segundo as decisões analisadas, o tal efeito seria a aptidão de efetividade em provocar demandas análogas que viessem a provocar efeitos que, uma vez considerados num plano coletivo ou quantificado, tenderiam a impor consequências dificilmente suportáveis se comparadas ao plano individual, em que poderiam ser aceitáveis caso deferidas³³³.

3.5.4. As decisões envolvendo o chamado “Efeito Multiplicador”

Os acórdãos analisados mediante a pesquisa pelo chamado *efeito multiplicador* trata da suspensão de segurança em matéria de proventos de servidores estaduais inativos, os quais passaram a incorporar vantagens que somadas ultrapassavam o teto salarial estabelecido constitucionalmente no art. 37 da Carta Constitucional. A decisão vergastada, passível de suspensão através do acórdão sob análise impediu, mediante a concessão de segurança, a incidência do redutor salarial, razão pela qual o Município de São Paulo, mediante a verificação de inúmeras decisões no mesmo sentido, ajuizou os incidentes de suspensão de segurança.

³³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar –AC nº 2.587/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em: 28/04/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23/02/2014.

³³³ Nesse sentido são os acórdãos referentes às SS 4423 AgR / SP; SS 4446 AgR / SP; e, SS 4320 AgR / SP, todos de relatoria do Ministro Cezar Peluzo. Disponíveis em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/10/2013.

Deve ser ressaltado que, das razões apontadas nos acórdãos analisados, não figura como *ratio decidendi* somente o impeditivo constitucional estabelecido no art. 37 da Constituição Federal. O que fundamenta o pedido de suspensão da segurança pleiteado é a visão de grave lesão à ordem pública causada pela proliferação de demandas concedidas em primeira instância, cuja produção de efeitos é considerada perniciosa ao interesse público. Assim sendo, como fundamenta o Ministro César Peluzo, o próprio efeito multiplicador de tais demandas provoca lesão à economia pública, constituindo fundamento suficiente à suspensão da segurança pleiteada³³⁴.

Nesse ponto em particular, a jurisprudência do STF parece ter desenvolvido uma feição voltada a uma tímida análise consequencialista, na medida em que se considera que “o chamado *efeito multiplicador*, que provoca lesão à economia pública, é fundamento suficiente para o deferimento do pedido de suspensão de segurança”³³⁵. Nesse caso, resta evidenciado que, ainda que não tenham sido apresentados critérios quantitativos ou argumentos plausíveis no relatório do acórdão examinado, tendo em vista ter sido analisada apenas a possibilidade de sustação dos efeitos da segurança concedida em primeira instância, o que diferencia o caso e merece destaque é o fato de que as consequências, ou seja, a proliferação de decisões análogas em função do aludido efeito constituem a hipótese provisória que serve de razão ou fundamento ao julgado.

Vale ser ressaltado que, em relação à matéria de proventos de servidores públicos, a possibilidade de proliferação de demandas judiciais requerendo o pagamento de proventos acima do teto remuneratório estabelecido pela Constituição Federal, por si só, constitui, na opinião dos Ministros Ayres Brito e Carlos Veloso, fundamento suficiente à segurança pleiteada, ensejando o grave risco de lesão à ordem pública ocasionado pelo malferimento da Constituição verificado pelo eventual pagamento de proventos salariais acima do teto constitucional. Nesse sentido, é o que se depreende do voto do Ministro Carlos Ayres Brito quando o mesmo afirma que “...é evidente que a repetição de idênticos pedidos de suspensão,

³³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança - SS nº 4446 AgR / SP, Relator: Ministro Cezar Peluzo. Julgado em 20/10/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/10/2013.

³³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança - SS nº 4320 AgR / SP. Relator: Min. César Peluzo. Julgado em 08/06/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/10/2013.

formulados por mais de quatro Estados federados, caracteriza o chamado efeito multiplicador, com notória lesão à economia pública”³³⁶.

Assim sendo, percebe-se que a postura do STF em relação aos julgados que se referem à realização dos direitos fundamentais sociais passa por uma transformação que vai desde de uma postura garantista extrema até a busca de alguns critérios de limitação das formas de concessão, numa tentativa de antever os resultados a serem alcançados através de suas decisões, ou até mesmo, se isso não foi possível, na tentativa de conter os resultados do que já foi produzido.

3.6. A experiência jurisprudencial e a averiguação do método de análise econômica pragmática do direito nas decisões do STF

Nos capítulos que antecederam a presente análise, foi possível apreender algumas noções acerca da caracterização e do manejo do método pragmático, assim como os principais postulados afeitos à análise econômica do direito, numa tentativa de conjugar os principais pontos convergentes entre as duas propostas metodológicas.

Desta feita, cumpre analisar, através dos fundamentos firmados nas decisões do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, como a Corte visualiza a questão a efetividade dos direitos fundamentais sociais, tentando extrair de tal análise, os elementos de convicção dos ministros enquanto matéria de construção do direito, de modo a evidenciar o papel do Judiciário frente à questão da efetivação dos direitos sociais.

Cumpre analisar, por oportuno, se das decisões do STF em matéria de direitos sociais podem ser extraídos elementos de convencimento que denunciem uma visão consequencialista daquela Corte, de modo que os prováveis efeitos decorrentes da decisão sejam traduzidos em sua *ratio decidendi* e demonstrem uma preocupação com as consequências que as decisões judiciais venham a desencadear no meio social. No mais, cabe ainda verificar se tais elementos de cunho consequencialista denotam constituem uma

³³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança - SS nº 4320 AgR / SP. Relator: Min. César Peluzo. Julgado em 08/06/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/10.2013.

hipótese provisória colocada em prática por meio da experiência jurisprudencial, em evidente similitude à inferência abdutiva afeita ao método pragmático.

Como trabalhado em tópico direcionado à análise dos elementos de congruência da análise econômica pragmática do direito e a teoria dos direitos fundamentais, sobressalta que a questão da ponderação pode ser traduzida numa feição econômica em relação à Teoria do “Ótimo de Pareto”, a qual está intrinsecamente relacionada à eficiência das decisões judiciais. Assim sendo, cabe verificar se os direitos sociais postos sob análise vem sendo aplicados em observância à regra de ponderação ou sopesamento de direitos ou valores constitucionais conflitantes, numa relação estreita entre os valores constitucionais a que se pretende preservar em oponência à restrição a outros valores igualmente tutelados pela Constituição Federal .

Tendo em vista a análise ora esposada, deve ser ressaltado que a progressão paradigmática que se verifica quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional denota, senão, um processo de constante contrução e modificação dos conceitos e institutos jurídicos, mormente no que se refere às concepções de legitimidade da jurisdição constitucional e competência do STF para a apreciação e julgamento das causas relativas ao controle judicial de políticas públicas e decisões alocativas.

O direito material posto sob julgamento, assim como a concepção que se têm acerca de sua fundamentalidade e justiciabilidade foram sendo paulatinamente construídos e permanecem sob tal processo.

Sendo assim, as decisões passaram a contemplar expressamente aspectos atinentes à distribuição e alocação de recursos financeiros pelo Estado, assim como uma um aparente sopesamento entre custos e benefícios a serem alcançados por meio das decisões judiciais, entretanto, embora o STF tenha passado a mencionar a questão do custo dos direitos, o tribunal não chega a se posicionar efetivamente de modo a referenciar uma análise profícua entre custos e benefícios a serem alcançados através de tais decisões.

No caso do direito à saúde, o STF firmou o posicionamento de que, com base no art. 196 da Constituição Federal, o direito social à saúde é direito fundamental subjetivo de todos os cidadãos, podendo sua realização ser exigida judicialmente, devendo o Estado garantir o acesso universal igualitário aos serviços públicos de saúde e sendo dever estatal a prestação

de assistência integral e da realização de políticas públicas que viabilizem o gozo de tal direito fundamental pelos cidadãos.

Antes de tais demandas serem submetidas ao Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade com vistas à obrigatoriedade de concessão de tratamento médico pelo Estado, o mesmo dispositivo era enxergado sob a ótica do controle eficaz das normas constitucionais, sendo classificado como uma norma de eficácia limitada e de índole programática. Tal desenvolvimento quanto ao raciocínio aplicado à questão eficaz das normas de direitos sociais é evidenciado no voto do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 639.337 / SP, em relação à efetividade do direito à educação, quando aduz que

O caráter programático da regra inscrita no art. 208, IV, da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.

Ao contrário do que pretende o Município ora recorrente, as normas programáticas vinculam e obrigam os seus destinatários, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado

Em outra passagem, o Ministro Eros Grau, durante discussão plenária do julgamento do Recurso Especial nº 407688/SP, em menção ao apontamento das normas de direitos sociais como sendo normas de caráter programático é enfático ao afirmar que

Os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante. *E mais: já é mesmo tempo de abandonarmos o uso da expressão “normas programáticas”, que aparece nos autos, não no voto de Vossa Excelência, porque essa expressão porta em si vícios ideológicos perniciosos.[...] Diria, quase finalizando, que este não é o momento adequado para um discurso sobre os diferentes graus de intensidade vinculativa das normas constitucionais, mas insisto neste ponto: a Constituição do Brasil vincula o legislador*³³⁷. (grifos diferem do original).

³³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial - RE nº 407688/SP. Relator: Ministro César Peluso. Julgado em: 19/05/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 24/02/2014.

Assim, o quadro de necessária efetivação de direitos positivados no texto constitucional frente à omissão do Poder Público quanto à sua realização, fez com que propusesse por meio de seus julgados uma superação à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, pondo de lado a questão da programaticidade das normas veiculadoras de direitos sociais.

Restou configurado, após sucessivos julgamentos que envolviam a matéria, que o posicionamento do STF, assim como a concepção acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais pela via judicial, que o direito à saúde não pode ser traduzido em simples promessa constitucional, deixada ao alvitre da discricionariedade da Administração Pública, devendo ser os ditames expressos na Constituição pronta e efetivamente cumpridos.

No mais, quanto à possibilidade de judicialização de demandas envolvendo efetivação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais como o direito à saúde, o STF desenvolveu seu posicionamento no sentido de que, à par da necessária observância ao Princípio da Separação dos Poderes, o Judiciário é legítimo realizador de políticas públicas por meio de suas decisões, não configurando ingerência indevida nas funções precípua do Executivo e do Legislativo a coação ao Estado no sentido de que adote as medidas necessárias à salvaguarda dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Constitucional. Assim, o Supremo Tribunal Federal pode intervir em matéria de alocação de recursos públicos quando da existência de política pública voltada à realização do direito sob tutela, e desde que haja omissão por parte do Poder Público passível de inconstitucionalidade.

Do mesmo modo, os aspectos quantitativos que se referem ao aspecto orçamentário que envolve a decisão somente deverão ser considerados depois que é cumprido mínima e satisfatoriamente o direito material posto sob apreciação, o que evidencia o caráter de excepcionalidade atribuído à reserva do possível enquanto alegação por parte do Estado aceita pelo STF.

A cláusula da “reserva do possível”, nos casos de efetivação de direitos fundamentais sociais, muito embora tenha sido abordada expressamente nas decisões em função da necessária formulação de “escolhas trágicas” e da questão do “custo dos direitos”, tratou-se de elemento desconsiderável frente à necessária e premente realização dos serviços públicos de saúde pleiteados. Desse modo, a reserva do possível não poderia ser aduzida enquanto matéria

de defesa do Estado, visto que tal arguição suporia uma tentativa de omissão dolosa por parte do Estado em não cumprir com o que lhe fora constitucionalmente imposto. É o que pode ser inferido de passagem do voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Especial nº 581352/AM, o qual dispunha sobre a obrigatoriedade de criação de vagas e de prestação de atendimento condigno com o estado de fragilidade das gestantes em maternidades públicas. Em seu voto, asseverou o ministro que

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade³³⁸. (grifos diferem do original).

Desta feita, a cláusula de “reserva do possível”, embora expressamente considerada no texto dos votos analisados, é inoponível em referência a limitações financeiras por parte do Estado quando confrontadas com a efetividade de direitos fundamentais como o direito à saúde. Dado que todas as demandas postas sob julgamento tinham por pedido prestações positivas estatais, a referida cláusula foi afastada em todas as decisões.

Ademais, quanto à questão do sopesamento ou ponderação entre valores constitucionais conflitantes, foi elaborado em tópico próprio que as decisões envolvendo a efetividade e realização de direitos fundamentais quando em conflito diante do caso concreto,

³³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial – RE nº 581352/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 28/05/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/11/2013. No mesmo sentido, vide BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial – RE nº 762242/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 22/09/2013. Acesso em: 23/02/2014.

denotam a necessidade de realização de ponderação entre os direitos constitucionais envolvidos, o que guarda relação com a maximização dos efeitos alcançáveis através das decisões. Vale ressaltar que, no caso de um sopesamento entre o direito fundamental à saúde, em paralelo aos direitos fundamentais à vida e à dignidade humana, quando contrapostos à preservação da ordem pública e da estruturação e organização financeira do Estado, revelam que o art. 196 da Constituição Federal é aplicado como regra constitucional, direito subjetivo inalienável cuja densidade normativa permite a sua aplicação e realização direta após o processo de concretização normativa, como é possível extrair de trecho do voto do Ministro Celso de Mello quando este aduz que

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) – *tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação*, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial³³⁹. (grifo difere do original).

Cumprido ressaltar que, ao final do processo concretizador de uma norma de direito social, sendo regra ou princípio a depender de sua densidade normativa, a atividade hermenêutica poderá dar origem a um mandamento definitivo apurado de acordo com o caso concreto. Nesse passo, por não se tratarem de tipos normativos fechados, uma mesma norma de direito social pode funcionar num determinado caso como regra e em outro como princípio, sendo, portanto, normas abertas ao meio interpretativo empregado³⁴⁰.

Com efeito, tal constatação incide na perspectiva de que uma vez que as normas de direitos sociais podem assumir formas normativas diversas a depender de sua densidade e, o mandamento nelas contidos ser prontamente exigível ou exequível, faz-se necessário observar que estarão naturalmente sujeitas ao mecanismo da ponderação, o que não exclui a

³³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo/STF nº 345/2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 04/02/2014.

³⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 68.

possibilidade de as regras serem ponderadas quando em conflito com um princípio³⁴¹. A norma extraída através do processo de concretização se mostra como um direito fundamental subjetivo pronta e plenamente aplicável em seus efeitos, consoante é possível observar da decisão acima mencionada do Ministro Celso Mello ao afirmar que

Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. *Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulada separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde*³⁴². (grifos diferem do original).

Em decisões mais recentes é possível observar, inclusive, a questão da necessária ponderação entre direitos e valores fundamentais em conflito atrelada à apreciação de um elemento econômico e consequencialista relacionado necessária formulação de “escolhas trágicas” e a relação entre a otimização de recursos público frente ao custo dos direitos, com citações a expoentes da Análise Econômica como Guido Calabresi, conforme se depreende do voto do Ministro Celso de Mello, que fundamenta sua decisão com base na assertiva de que

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro³⁴³.

³⁴¹ *Op. Cit.*, p. 73

³⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial – RE nº 581352 / AM. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 28/05/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/11/2013.

³⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial – ARE 639.337 AgR / SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 20/05/2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/11/2012.

Noutro passo, pôde ser observado que elementos ético-jurídicos ligados à convicção do julgador podem ser evidenciados das decisões, o que demonstra um perfil do magistrado como sendo um agente realizador e criador do direito sub seu crivo. Tal assertiva pode ser enxergada no voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Especial nº 393175/RS, o qual tratava da obrigatoriedade de concessão de medicamentos a pacientes esquizofrênicos, no qual ao Ministro coube reafirmar que

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – *que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde*³⁴⁴.

De igual modo, é possível observar tal característica no voto do Ministro Maurício Corrêa, em seu voto condutor no Recurso Especial - RE nº 259.508-0/RS, num dos primeiros votos analisados quanto à matéria envolvendo o direito à saúde, quando o ministro afirma que

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas pela norma do artigo 196 da Carta da República. Portanto, o Poder Público, qualquer que seja a esperda institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional [...] Ademais, o reconhecimento judicial da validade jurídica de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição Federal (artigos 5º, caput, e 196) e representa, na concretização do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde, especialmente daqueles que nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua dignidade³⁴⁵.

³⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial – RE nº 393175/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 12/12/2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 22/10/2013.

³⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial - RE nº 259.508-0/RS. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 08/08/2000. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 22/10/2013.

Destarte, a convalidação de elementos ligados à convicção do julgador quanto ao seu desempenho no processo de criação do direito, assim como dos efeitos das decisões sobre o meio social, o que remonta à colação de elementos extra-jurídicos ao bojo das decisões judiciais, coloca a questão do magistrado frente a um posicionamento pragmático: o juiz deve tomar a decisão que melhor satisfizer as necessidades sociais, valendo-se, inclusive e no que lhe couber, de um caráter ético-jurídico para tanto, de modo a melhor satisfazer as necessidades sociais envolvidas na demanda.

No que pertine a uma abordagem consequencialista a ser verificada nos acórdãos que foram objeto de análise, é perceptível que não era realizada uma análise em observância aos prováveis efeitos ensejados pelas decisões provenientes daquele Tribunal, quando até então os julgados apresentavam uma feição garantista absoluta, como era o caso do direito à saúde. Contudo, o quadro começou a ser modificado quando do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 90, no qual a Ministra Ellen Grace foi a relatora, e que julgou a possibilidade de antecipação de quantia vultuosa em dispensa ao à determinação constitucional de pagamentos pela via dos precatórios.

Na discussão em sessão plenária para o julgamento do feito, o Ministro Marco Aurélio Melo atentou para o fato de que se tratava de “precedente bastante perigoso, tendo em vista a possibilidade de ajuizamento de inúmeros pedidos análogos”³⁴⁶.

Este também é o caso da STA nº 91, igualmente de relatoria da Ministra Ellen Grace, no qual, conforme mencionado, a ministra reviu seu posicionamento acerca da obrigatoriedade de concessão de medicamentos pelo Estado, estabelecendo critérios à concessão baseados em portarias editadas pelo Ministério da Saúde, acrescentando que a concessão deve ser analisada mediante as circunstâncias verificáveis em cada caso.

O discurso até então sustentado no Tribunal teve que ser revisto com base na quantidade massiva de decisões subsequentes, e este foi um provável efeito não antevisto pelos ministros. O direito material ainda era concebido como para a realização num ambiente formal e individualizado, sem considerações de âmbito coletivista, e se os custos de realização ou demais efeitos tivessem sido utilizados como hipóteses para julgamento, poderiam ter sido utilizados critérios de justificação que permitissem uma fundamentação mais específica, de

³⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 90/RJ. Relatora: Ministra Ellen Grace. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13/11/2013.

acordo com o direito material posto, e com as circunstâncias apresentadas no caso concreto, fugindo de fórmulas e generalizações concessivas.

Caso que desperta grande interesse quanto à consideração de elementos consequenciais afeitos a uma análise econômica pelo STF é o caso da incidência do redutor constitucional nos proventos dos servidores públicos inativos e o chamado “efeito multiplicador”. É de se notar que, diferentemente do direito material insculpido no art. 37 da Constituição Federal, qual seja, a impossibilidade de um servidor público perceber valores e benefícios acima do teto remuneratório a título de subsídio estabelecido constitucionalmente, o que funcionou como *ratio decidendi* do referido julgado foi a possibilidade de proliferação de decisões análogas à vergastada, o que incide em lesão à ordem econômica e social e constitui motivo suficiente à rescisão do julgado.

Deve ser frisado que a consequência, ou seja, os prováveis efeitos de ordem financeira, os prováveis efeitos econômicos oriundos da decisão foram considerados, através do que se denomina “efeito multiplicador”, como motivo determinante à fundamentação do julgamento, enquanto que o direito material posto do dispositivo constitucional acima aludido, embora devidamente considerado na decisão, restou como hipótese de segunda ordem.

Desta feita, cumpre analisar como a adoção de um parâmetro de previsibilidade às decisões demonstrável através da consideração de seus prováveis efeitos está relacionado a uma sobrelevação de tais efeitos como criação de uma hipótese que servirá de comportamento previsto para as decisões vindouras, o que remonta à ideia de um raciocínio abduutivo afeito ao pragmatismo jurídico e à ideia de previsibilidade que o relaciona à Análise Econômica do Direito.

Quanto a esse quesito, cumpre analisar os votos referentes à penhorabilidade do bem de família do fiador, numa análise quanto à observância e efetividade do direito social à moradia insculpido no art. 6º da Constituição Federal. Em seu voto, o Ministro Carlos Ayres Brito reconheceu a inoponibilidade dos argumentos de preservação do direito à moradia ao considerar uma extensão da impenhorabilidade do bem de família do fiador ao argumentar que

Em decisões anteriores, Supremo Tribunal Federal assentou que a impenhorabilidade do bem de família do fiador “romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, comconseqüente desfalque do

campo de abrangência do próprio direitoconstitucional à moradia”(trecho do voto condutor do acórdão). *Em outras palavras: Na dicção da maioria dos Ministros este STF, a penhora decorrente de fiança em contrato de locação termina por proteger o próprio direito à moradia.*³⁴⁷ (grifos diferem do original).

Assim sendo, os efeitos decorrentes da extensão da impenhorabilidade do bem de família ao fiador seriam, na opinião firmada pelo STF, mais perniciosos à garantia do direito à moradia da população brasileira, tendo em vista a possibilidade de encarecimento dos custos em função dos riscos provenientes da contratação de imóveis residenciais urbanos. Deste modo, o provável encarecimento dos contratos e sua influência sobre o mercado imobiliário, serviram de hipótese constituída com base nos efeitos da decisão, e que serviram ao convencimento dos Ministros, assim como serviram de comportamento judicial previsto para os futuros julgamentos quanto à matéria em discussão.

Cabe frisar que o Ministro Cezar Peluso, relator do processo em questão, impôs uma lógica econômica, de acordo com a qual, sob a mesma linha de raciocínio, é possível chegar a uma conclusão totalmente diversa. Como acima frisado, direito fundamental social em pauta é o direito à moradia, disposto no art. 6º da Constituição Federal. Deste modo, o Ministro subsidiou sua decisão de acordo com a perspectiva que julgou mais eficiente: Se o STF está a tutelar a efetividade do direito à moradia, de mais valia será a tutela do direito à moradia da população brasileira do que o mesmo direito, enquanto considerado como direito subjetivo do locatário e do fiador.

Quanto a este quesito, muito embora não exista nos autos nenhuma evidência de estudo mais profícuo quanto à possibilidade de que a penhora do bem de família do fiador venha a reduzir os preços dos contratos de locação, o raciocínio utilizado foi o de que quanto maior for o risco de inadimplemento das parcelas contratuais, maiores serão os encargos suportados pelos locatários, assim como ocorre em outros setores do mercado, como no financiamento imobiliário e automobilístico.

Noutro passo, e sob ótica divergente, poderia ser também considerado que a medida concessiva de penhora do bem de família do fiador faria com que houvesse maior relutância

³⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar – AC nº 2.597/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em 15/05/2011. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/01/2014.

dos pretensos fiadores em assinar os contratos de locação, visto que os bens de sua propriedade estariam sujeitos à penhora pela dívida de outrem. Desse modo, o encargo que recai sobre os contratos de locação seria igualmente oneroso.

O mesmo raciocínio diametralmente oposto, mas que consideraria as possíveis consequências dos julgados aplica-se ao direito à saúde. Caso consideradas as limitações financeiras do Estado e os preceitos de universalidade da prestação dos serviços de saúde como fator interventivo na prestação de tais serviços à população, é passível de questionamento quanto à proliferação de demandas análogas envolvendo a concessão massiva de medicamentos. Acaso visto sob outro ângulo, a determinação de prestações positivas ao estado em massa teria o condão de interferir no fluxo de mercado de tal modo que prejudicaria a assistência à maior quantidade de indivíduos possível, os quais também dependem do sistema.

Quanto a esse ponto em especial, o Supremo Tribunal Federal justifica a sua intervenção em matéria de efetivação de direitos sociais pela necessidade premente de fazer valer os ditames constitucionais face às omissões do Poder Público, numa forma de demonstrar que já que o Executivo não age, o Judiciário não pode se furtar de seu dever institucional, deixando ao alvitre dos demais Poderes a efetivação do disposto na Carta Constitucional. Ademais, as medidas adotadas pelo STF, sob tais parâmetros, se justificam por uma necessidade de dar novos contornos ao direito social à saúde, tendo em vista o fato de que a judicialização de demandas concessivas contra o Estado é um fenômeno existente e de grande repercussão, conforme expresso pelo Ministro Gilmar Mendes, no processo de Suspensão de Liminar nº 47, ao mencionar que

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das maisvariadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI se leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização decirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusiveno exterior, entre outros). Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de saúde pública (...) Após ouvir os depoimentos prestados

pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas³⁴⁸.

Nesse caso, uma necessária mudança paradigmática e um posicionamento mais enérgico por parte do STF se fizeram necessários como forma de conferir novos delineamentos à questão da efetividade dos direitos sociais no Brasil.

Por derradeiro, quanto à recente discussão acerca da possibilidade de internamento pelo SUS sob o regime de “diferenciação de classe”, mediante o pagamento de quantia a título de complementação dos serviços prestados em hospitais da rede privada, deve-se ter em conta que no julgamento proferido em 2010 pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o fundamento da decisão seria a possibilidade de complementação como medida assecuratória do direito à saúde do jurisdicionado, em consonância ao disposto constitucional sobre a livre iniciativa privada quanto à prestação dos serviços de saúde, independentemente de concessão, caso em que a visão garantista daquela Corte quanto à preservação do direito fundamental à saúde prevaleceu.

Noutro passo, ainda que a matéria ainda não tenha encontrado seu desfecho, tendo em vista a futura realização de audiência pública a fim de dotar os Ministros de subsídios de julgamento sobre os possíveis efeitos decorrentes do precedente, em sede de repercussão geral já é considerada a relevância constitucional da matéria a justificar a convocação de audiência pública, diante da provável proliferação de demandas análogas no país inteiro, assim como os efeitos decorrentes de tal proliferação sobre o Sistema Público de Saúde. Quanto a este ponto, cabe destacar trecho do voto condutor do Ministro Dias Toffoli em sede de repercussão geral quando este coloca que

A questão posta em discussão nestes autos apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo

³⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 47/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Julgado em 17/04/2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14/11/2014.

extremamente relevante para a Administração Pública, que pode deparar-se com a multiplicação de demandas semelhantes a essa objeto do presente recurso, no qual se postula o acesso à internação pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida pelo usuário mediante o pagamento de diferença entre os valores correspondentes. Por isso, bem se vê que se cuida de discussão que pode vir a repetir-se em inúmeros processos, fato a exigir uma definitiva manifestação desta Suprema Corte sobre todos os aspectos envolvidos nesta ação. Ante o exposto, manifesto-me pela repercussão geral³⁴⁹.

Sendo assim, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, embora não tenha tradicionalmente incorporado tal abordagem em seus julgados, progressivamente desenvolve uma análise voltada à consideração dos efeitos que suas decisões podem vir a ensejar, de modo a sopesar custos e benefícios decorrentes de eventual restrição a direitos fundamentais, sendo possível observar premissas relacionadas tanto ao pragmatismo jurídico quanto à Análise Econômica do Direito nas decisões como forma de previsão do comportamento judicial irradiado nos futuros julgados daquele tribunal.

³⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário - RE nº 581488/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 13/02/2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 16/02/2014.

CONCLUSÕES

Tendo em vista as premissas metodológicas atribuíveis ao pragmatismo jurídico, como veio sendo demonstrado no curso do presente trabalho, o grande atributo da atividade judicial é interpretar o direito buscando uma correspondência com conceitos que correspondam à existência de verdades no direito, e que constituem a essência do próprio objeto observado. Assim sendo, pragmaticamente, o direito é compreendido a partir da observação de como opera na realidade, o que é observável no processo de construção dos argumentos insertos nas decisões judiciais.

De tal modo, o pragmatismo jurídico parte uma posição metodológica audaciosa, já que difere da indução e da dedução por não partir necessariamente nem da regra geral, nem do caso particular, mas de uma hipótese provisória criativa construída com base nos efeitos gerados num determinado caso, método este que se propõe suprir algumas deficiências observadas na prática judicial deixadas quando da aplicação do método subsuntivo.

A utilização do método pragmático significa, sobretudo, que o seu objeto de análise do comportamento judicial será, principalmente, argumentos e fundamentações extraídas das decisões judiciais, a fim de verificar como os institutos jurídicos e as conceituações desenvolvidas sobre os mesmos se comportam e funcionam à proporção em que são analisadas as consequências práticas deles provenientes.

Tal comportamento judicial preditivo observável no bojo das decisões judiciais é analisado em função das normas jurídicas que por sua vez funcionam como incentivos que guiam os agentes por uma padrão de conduta firmado pelos pressupostos da maximização e da racionalidade no comportamento humano. Tais ideias permeiam uma visão econômica aplicada ao direito, sendo, portanto, a AED uma tentativa de promover, no pensamento jurídico, uma teoria que explique o comportamento humano diante das normas jurídicas e os efeitos que tais normas ensejam no meio social, sem que isso implique numa transformação do discurso jurídico num discurso essencialmente econômico.

Assim sendo, a partir da conjugação entre os métodos pragmático e de Análise Econômica do Direito, é possível, a partir de uma perspectiva empírica, promover uma análise consequencialista, voltada aos resultados das normas jurídicas e regras de ação oriundas das

decisões judiciais, de modo a antever, dentre tantas possibilidades de interpretação subsidiadas pela hermenêutica, qual seria a melhor regra a ser aplicada.

No que se refere à eficiência enquanto padrão a orientar o comportamento judicial, é possível estabelecer uma relação entre a efetividade das normas veiculadoras de direitos sociais, cuja densidade normativa permite amoldá-las no curso do processo de concretização e a atribuição de uma racionalidade aplicável ao método de Análise Econômica do Direito, tendo em vista que o necessário sopesamento entre normas ou valores constitucionais em conflito está relacionado a uma justificação de escolha que promova ao mesmo tempo uma maximização da efetividade do direito fundamental a ser preservado e a menor restrição possível ao direito ou valor colidente, sendo este um padrão de aferição da eficiência da escolha formulada.

Uma análise com essa feição assume grande importância nos casos em que o juiz se depara com um alto grau de generalidade da norma, as quais lhe conferem maior poder de criticidade no desenvolvimento de sua função institucional, a fim de colmatar os espaços deixados legislativamente e ajustar melhor ao caso concreto. Não por acaso, esta é a situação da maioria das normas fundamentais veiculadoras de direitos sociais, as quais serão conformadas ao caso no processo de concretização da norma jurídica envolvida.

Justamente pelo fato de as normas de direitos fundamentais sociais serem comumente atribuídas a uma carência de densidade normativa que lhes confira aplicabilidade imediata, assim como, tendo em vista a função de inclusão democrática e de justiça social desempenhada pelos direitos sociais de cunho prestacional, a jurisdição constitucional assume extrema relevância no papel de reafirmação da fundamentalidade dos direitos sociais e de sua justiciabilidade enquanto verdadeiros direitos subjetivos passíveis de sindicabilidade perante o Estado e contra a intervenção de outros indivíduos.

Ao analisar a experiência jurisprudencial brasileira, no espaço onde é construído o direito pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se o desenvolvimento de um pensamento voltado à efetivação dos direitos sociais e que foi construído ao longo dos anos. Tal processo desencadeou uma mudança paradigmática quanto à natureza e função dos direitos fundamentais sociais, assim como o papel da Corte Constitucional quanto à sua efetivação.

O discurso sustentado pelo STF, a par da existência de uma tradicional classificação dos direitos constitucionais quanto à sua eficácia, é o da superação de uma visão estanque acerca da programaticidade dos direitos sociais, sendo estes dotados de eficácia plena e realização imediata, não sendo permitido que sua realização seja condicionada nem pela discricionariedade do Poder Público nem pela alegação de escassez de recursos públicos.

No mais, por ser o legítimo guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal se declara legítimo implementador de políticas públicas relacionadas à efetivação de direitos fundamentais como o direito à saúde, legitimado a desempenhar tal mister quando diante de omissões da Administração Pública quanto à preservação de tais direitos, o que incide em grave e insanável inconstitucionalidade. De acordo com o posicionamento consolidado no STF, o Judiciário não pode se furtar ao seu papel sob pena de negar concretização ao texto constitucional, ao passo em que o texto Constitucional assume uma feição garantista e dirigente que não pode ser desprezada. Nesse passo, assume relevância o papel institucional do magistrado enquanto agente interventor na realidade social e criador do direito.

O teor das decisões demonstra uma preocupação com um discurso voltado à proteção e garantias de direitos, visto que buscam um padrão argumentativo de aceitabilidade. Dificilmente seria visualizada alguma decisão tendente a uma interpretação na qual não fosse concedido o direito material requerido em matéria de garantia e efetivação dos direitos fundamentais sociais, sob o risco de se transformar num discurso contra-majoritário.

Uma tímida mudança quanto à apreciação de aspectos consequencialistas pode ser enxergada a partir da proliferação de decisões judiciais concessivas em primeira instância depois das decisões paradigmáticas proferidas pelos ministros do STF em matéria de saúde. O posicionamento firmado quanto à efetivação do direito fundamental à saúde convalidou a possibilidade de acesso ao Judiciário com vistas à garantia de acesso a outros direitos sociais, como os direitos à educação e à moradia.

Destarte, deve-se ter em vista que a abertura do diálogo entre o STF e a sociedade civil, por meio da convocação de audiências públicas em temas de grande repercussão, possibilita não somente a justificação e a reafirmação da legitimidade do Judiciário frente ao Princípio Democrático, como possibilita o fornecimento de subsídios de julgamento dos

Ministros, de modo a possibilitar um redimensionamento dos prováveis efeitos que as decisões daquele Sodalício podem vir a desencadear.

Com efeito, cumpre ressaltar que o método de análise econômica do direito, sob um viés pragmático, ainda que não constitua uma abordagem tradicional atribuída ao *modus julgandi* do Supremo Tribunal Federal, é observado em suas principais premissas nas decisões analisadas, o que incide na percepção de um raciocínio voltado às consequências das decisões judiciais como meio de análise de verificação de como as decisões incidem e repercutem no meio social, de modo a determinar padrões de julgamento mais eficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (Trad.). 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78-79.

_____. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132.

_____. **Law and Correctness**. In: Legal Theory at End of Millennium. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 205-214. Disponível em: <http://clp.oxfordjournals.org/content/51/1/205.extract>

_____. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular**. In: A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 295-304.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: Contribuições e desmistificações**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, vol. 09, nº 29, Jul-Dez 2006, p. 49-68

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

BANDEIRA, Mário Leston. **Teorias da população e modernidade: O caso português**. Análise Social. Vol. XXXI, n. 135, 1996, p. 7-43. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223389966U6oIN8wu5Rt70DI3.pdf>. Acesso em: 23/02/2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca 24 horas, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Interesse Público, ano 07, nº 33, set-out 2005.7 Porto Alegre: Notadez.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e à efetividade dos direitos sociais.** Revista do Ministério Público. Porto Alegre, n. 53, p. 67, mai/set 2004. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../15658-15659-1-PB.pdf Acesso em: 02/02/2014.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues (Trad.). São Paulo: Ed. Ícone, 1995.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Notas para metodologia de análise de políticas públicas.** Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28432>. Acesso em: 14.05.2013

BITTAR, Eduardo C. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. 7ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 53-54.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de Filosofia do Direito. Comp. Nelson Morra, Trad. Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Editora Ícone, p. 15-45.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais.** JJ Gomes Canotilho et. al. (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Rev. Coimbra: Editora Alamedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª Ed. Coimbra: Editora Alamedina, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais.** JJ Gomes Canotilho et. al. (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CASTELAR, Armando Pinheiro. **Judiciário, reforma e economia:** a visão dos magistrados. Rio de Janeiro: IPEA, 2003, p. 48. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf. Acesso em: 24/02/2014.

CARDOZO, Benjamin Natan. **A natureza do Processo Judicial.** Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Direitos Constitucionais Sociais e os Direitos Fundamentais**: são os direitos sociais direitos fundamentais? Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 11, n. 42, jan/mar 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Law and Economics, consequentialism and Legal Pragmatism**: the influence of Oliver Wendell Holmes. 25th IVR World Congress Law and technology. Frankfurt am Main 15-20 August 2011. Paper Series. Disponível em: <http://digital-b.uib.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/24903>. Acesso em: 21 de setembro de 2012.

CHAFIM, Fernando. e KRIVOCHEIN, Conrado. **Contribuições à crítica do individualismo metodológico na Economia**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11575>. Acesso em 29/01/2014.

CHIBENI, Silvio Seno. **A inferência abduativa e o realismo científico**. Cadernos de História e Filosofia da Ciência, série 3, Vol. 6 (1): 1996, p. 45-73.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adercio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003. *Apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2012,

COOTER, Robert. **The confluence of justice and efficiency in Economic Analysis of Law** in PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles (eds.) *The Origins of Law and Economics, Essays by the Founding Fathers*, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 222-240. *Apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

COPETTI NETO, Alfredo. **Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica**: As bases do *First Law and Economics Movement* na *Progressive Era* Americana (1880-1930). Revista Sequência, n. 65, p. 209-239, dez. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p209>. Acesso em: 12/09/2013.

DEWEY, John. **Democracia e Educação**: Introdução à Filosofia da Educação. 4ª ed. São Paulo, Editora Nacional, 1979, 420p. Seleção, digitação, diagramação e impressão de José Lino Hack. Pelotas, FaE/UFPel, janeiro de 2002, p. 84.

_____. **Experiência e educação**. Trad. Renata Gaspar. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2011.

_____. **Kant and Philosophic Method**. Journal of Speculative Philosophy, XVIII, April, 1884 *apud* REGO, George Browne. **Reflexos políticos e jurídicos da falseabilidade de Karl Popper e do falibilismo de Charles Sanders Peirce no método do Direito**. Revista *Due In Altum* – Caderno de Direito, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* The Journal Of Legal Studies, Vol. 9, n. 2. Change in Common Law: Legal and Economic Perspectives. p. 191-226. Disponível em: blogs.law.harvard.edu/hltf/files/.../dworking.pdf Acesso em: 14 de julho de 2012.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: TORRES, Paulo Lobo (Org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de Filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Introdução ao Direito e Economia**. In: Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (Org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012.

HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais**. Curitiba: Juruá, 2010.

HOFMANN, Ruth Margareth. e PELAEZ, Vitor. **A Tendência Axiomática da Racionalidade Econômica no Contexto da Oposição entre Individualismo Metodológico e Estruturalismo**. In: Revista Análise Econômica, Porto Alegre, ano 28, n. 53, p. 99-127, mar. 2010, p. 103.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991.

_____. **The Path of The Law**. New York: The Floating Press, 2013.

IBRI, Ivo Assad. **Pragmatismo e Realismo: A semiótica como transgressão da linguagem.** Cognitio, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 247-259, jul./dez. 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** 2ª Ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2008, p 47-54. *Apud* MASCARO, Leandro Alysson. **Filosofia do Direito.** 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

KLEIN, Vinícius. **Posner é a única opção? O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução.** Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KRELL, Andreas. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais.** In: **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado.** KRELL, Andreas (Org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa.** In Revista de informação legislativa, v. 36, n. 144, p. 242, out./dez. de 1999. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 23/08/2013.

JAMES, William. **Pragmatismo.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

_____. **A vontade de Acreditar.** Palestra apresentada aos Clubes Filosóficos das Universidades de Yale e Brown. Publicada em *New World*, em junho de 1896. Disponível em: <http://dmurcho.com/docs/vontadedeacreditar.pdf>. Acesso em: 20/06/2013.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: A pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.** Curitiba: Editora Juruá, 2012.

LECLERC, André. **Contextualismo, Pragmatismo e Determinação do Sentido.** In: Revista Cognitio, vol. 11, nº 01, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/view/13376>. Acesso em: 22/02/2014.

LERNER, Max (Org.). **The mind and faith of Justice Holmes: his speeches, essays, letters and judicial opinions.** Boston: Little Brown an Company, 1943. *Apud* HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o Judiciário e os perfis dos juízes? O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais.** Curitiba: Juruá, 2010.

LLOYD, Dennis. **A ideia da Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2ª edição ver. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

LOVETT, Frank. **Uma teoria da justiça, de John Rawls** [recurso eletrônico]. Trad. Vinícius Figueira. Porto Alegre: Editora Penso, 2013.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 5ª Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MASCARO, Leandro Alysson. **Filosofia do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel. **O processo democrático de construção das decisões em se de de controle de constitucionalidade**: Uma análise a partir das audiências públicas jurisdicionais e da teoria da representação argumentativa. In: Constituição e Direitos Fundamentais: Estudos em torno dos fundamentos constitucionais do Direito Público. Ingo Wolfgang Sarlet et. Al. (Org.). Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As restrições em torno da Reserva do Possível**: Uma análise crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MORRISON, WAYNE. **Filosofia do Direito**: Dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. In: Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetividade frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2012.

PEIRCE, Charles, Sanders. **How to make our ideias clear**. In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Dover Publications, 1980.

_____. **The believe fixation**. In Charles Sanders Peirce: Selected Writings. Edited with an introduction and notes by Philip P. Wiener. Nova Iorque: Dover Publications, 1980.

_____. **Semiótica**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

PESSALI, Huáscar Fialho. **Custos de Transação**. In O que é Análise Econômica do Direito – Uma Introdução. Márcia Carla Pereira Ribeiro; Vinícius Klein (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83.

POPPER, Karl. **Facts, Standards, and Truth: A Further Criticism of Relativism.** *In: The Open Society and Its Enemies*, Routledge, London: Addenda, 1977.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça.** Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Fronteiras da Teoria do Direito.** Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara (Trad.). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

_____. **Para Além do Direito.** Evandro Ferreira e Silva (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito.** Jefferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

RAMOS, Elival da Silva Ramos. **Ativismo judicial.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Liberalismo Político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. 2ª Ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

RÊGO, George Browne. “**O Pragmatismo de Charles Sanders Peirce:** Conceitos e Distinções”. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Nº 13, 2003.

_____. **Reflexos políticos e jurídicos da falseabilidade de Karl Popper e do falibilismo de Charles Sanders Peirce no método do Direito.** Revista *Due In Altum* – Caderno de Direito, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em: 26 de agosto de 2012.

_____. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV, Estudo 22, Vol. 05, março de 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/19/. Acesso em 26 de agosto de 2012.

SANTAELA, Lúcia. **O Papel da Mudança de Hábito no Pragmatismo Evolucionista de Peirce**. Cognition, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 75-83, jan./jun. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Bennetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 26.05.2013.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: A Constitucionização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SCHORN, Remi e FALKENBACH, Elza Maria Fonseca. **Falibilismo: Crítica e coerência linguística**. Thaumazein, Ano III, número 05. Santa Maria: 2010, p. 32-46. Disponível em: sites.unifra.br/Portals/1/ARTIGOS/numero_05/falibilismo_03.pdf. Acesso em: 28/01/2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

_____. **Interpretação e objetividade.** *In:* Direito e interpretação: racionalidades e instituições. Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 366-367.

_____. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.** *In:* Interpretação Constitucional. Virgílio Afonso da Silva (Org.). 1ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 135-139.

SGARBOSSA, Luis Fernando. **Crítica à teoria do custo dos Direitos.** São Paulo: Ed. Fabris Editor – safE, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira Souza. **Consenso Constitucional, neutralidade política e razão pública:** elementos de teoria da Constituição em Rawls. *In:* Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva: 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais:** Uma perspectiva em Direito e Economia. *In* Direito e Economia. Luciano Benetti Timm (Org.). Curitiba: Livraria do Advogado, 2012,

WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo.** Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF** . Revista DireitoGV, SÃO PAULO 4(2) | P.539-568 | JUL-DEZ 200. Disponível em:
http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd08_10_escassez_de_recursos_custos_dos_direitos_e_reserva_do_possivel_daniel_wang.pdf. Acesso em: 14/10/2013.

