



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
COORDENADORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE  
ALAGOAS

MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

**EM BUSCA DO FIEL DA BALANÇA DE TÊMIS: ANÁLISE ECONÔMICA DO  
DIREITO E PONDERAÇÃO**

MARIANA OLIVEIRA DE MELO CAVALCANTI

MACEIÓ/AL

ABRIL 2019



## **EM BUSCA DO FIEL DA BALANÇA DE TÊMIS: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PONDERAÇÃO**

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

Orientador: Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão.

MACEIÓ/AL

ABRIL 2019

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

- C376e Cavalcanti, Mariana Oliveira de Melo.  
Em busca do fiel da balança de Têmis : análise econômica do direito e ponderação /  
Mariana Oliveira de Melo Cavalcanti. – 2020.  
122 f.
- Orientador: Adrualdo de Lima Catão.  
Dissertação (mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas.  
Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2019.
- Bibliografia: f. 116-122.
1. Ponderação de princípios. 2. Proporcionalidade (Direito). 3. Direito e economia.  
4. Neoconstitucionalismo. I. Título.

CDU: 340.12:33



MARIANA OLIVEIRA DE MELO CAVALCANTI

“EM BUSCA DO FIEL DA BALANÇA DE TÊMIS: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PONDERAÇÃO.”

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador (a): Prof. Dr. Adrualdo 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 Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: APROVADO (NOTA: 10) Assinatura: \_\_\_\_\_  
COM DISTINÇÃO

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

Julgamento: APROVADO (NOTA: 10) Assinatura: \_\_\_\_\_  
COM DISTINÇÃO

Prof. Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos (convidado externo/Centro Universitário IESB)

Julgamento: APROVADO (NOTA: 10) Assinatura: \_\_\_\_\_  
COM DISTINÇÃO

Maceió-AL, 27 de maio de 2019.

## RESUMO

Partindo das transformações engendradas pelo neoconstitucionalismo na hermenêutica jurídica contemporânea, a presente dissertação aborda a ampliação da jurisdição constitucional e os desafios ao processo tradicional de ponderação. Cotejando as críticas com os pressupostos teóricos da máxima do sopesamento – pertinente ao terceiro subprincípio da proporcionalidade, aquela que se dá em sentido estrito –, busca explicitar os esforços dirigidos a uma maior ordenação metodológica do processo de ponderação, com vistas a conferir-lhe maior objetividade. Neste ínterim, perscruta sobre a possibilidade de o ferramental econômico orientar decisões jurídicas, analisando a viabilidade do manejo da Análise Econômica do Direito como forma de subsidiar o mecanismo de balanceamento, analisando o panorama doutrinário, legal e jurisprudencial acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ponderação; Proporcionalidade; Análise Econômica do Direito; Direito e Economia; Neoconstitucionalismo.

## **ABSTRACT**

Starting from the transformations engendered by neoconstitutionalism in contemporary juridical hermeneutics, the present dissertation addresses the extension of the constitutional jurisdiction and the challenges to the traditional process of balancing. Comparing the critiques with the theoretical assumptions of the balancing formula - pertinent to the third sub-principle of proportionality, which occurs in the strict sense -, it seeks to make explicit the efforts directed at a greater methodological ordering of the balancing process, in order to give it greater objectivity. In the meantime, it examines the possibility of the economic tool to guide legal decisions, analyzing the feasibility of the management of the Economic Analysis of Law as a way of subsidizing the balancing mechanism, analyzing the doctrinal, legal and jurisprudential panorama on the subject.

**KEYWORDS:** Balancing; Proportionality; Economic Analysis of Law; Law and Economics; Neoconstitucionalism.

*“For the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics”.*

Oliver Wendell Holmes Jr.

Para a minha família, com afeto e gratidão.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.</b> ....	<b>01</b>
<b>1 EQUILIBRANDO A BALANÇA: A PONDERAÇÃO DE NORMAS.</b> .....	<b>09</b>
1.1 Neoconstitucionalismo, jurisdição constitucional e os desafios ao processo tradicional de ponderação. ....	09
1.2 Para além da superfície: as críticas e tentativas de ordenação metodológica do processo de ponderação. ....	20
1.3 A ponderação positivada no Novo Código de Processo Civil e a visão do Superior Tribunal de Justiça .....	30
<b>2 PONDERAÇÃO, RACIONALIDADE E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.</b> ..	<b>38</b>
2.1 A tensão entre objetividade científica e fundamento moral no Direito: o caminho do pragmatismo. ....	38
2.2 O que é Análise Econômica do Direito? Uma necessária delimitação teórica .....	45
<b>3 COLISÃO DE PRINCÍPIOS E PREPONDERÂNCIA: O IMPERATIVO DA DECIDIBILIDADE.</b> .....	<b>58</b>
3.1 Imperativos econômicos <i>de lege lata</i> : as alterações na LINDB e a suspensão de segurança .....	58
3.2 Direito e decisão: a árdua tarefa de fazer escolhas. ....	69
3.3 Aquilatando os “direitos” e “deveres” humanos à luz do Direito & Economia: a consideração dos custos morais .....	76
<b>4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: APLICAÇÃO PRÁTICA E LIMITAÇÕES</b>	
4.1 Fundamentação econômica no Supremo Tribunal Federal .....	85
4.2 Limitações da Análise Econômica do Direito .....	102
<b>À GUIA DE CONCLUSÃO: É POSSÍVEL, AO FERRAMENTAL ECONÔMICO, ORIENTAR DECISÕES JURÍDICAS?</b> .....	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

No cenário atual, já não basta dizer que a hermenêutica jurídica está em crise. O Direito demanda decidibilidade e, mais do que isto, soluções eficientes para os problemas práticos. Métodos interpretativos sofisticados surgem com notáveis peculiaridade e frequência; contudo, o problema da aplicação, colisão e efetividade das normas relativas a direitos fundamentais persiste.

Norteando o embasamento filosófico do presente trabalho e sendo uma alternativa à dicotomia positivismo-jusnaturalismo, o pragmatismo jurídico se insere em um contexto fundado desde o segundo<sup>1</sup> Wittgenstein, sendo uma linha filosófica marcadamente avessa ao essencialismo. Assim, a utilização de critérios como verdade, justiça e racionalidade não remonta à ideia unívoca ou universal. Em verdade, o pensar pragmatista prescinde da busca pela existência de uma essência universal, tarefa que caracteriza a finalidade maior da filosofia clássica, de tradição platônico-kantiana, e que influencia diretamente a abordagem deontológica da Ética.

Inaugurada por Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, com “antecedentes que remontam aos sofistas e a Aristóteles e, menos remotamente, a Hume, Mill, Emerson. Hegel e Nietzsche<sup>2</sup>”, a corrente pragmatista afasta-se da filosofia tradicional e de seus questionamentos a respeito do significado e das possibilidades da verdade, da natureza da realidade, dentre outros temas. Assim, para Richard Posner,

Os pragmáticos se afastaram não apenas dos temas, mas também da metodologia do *mainstream* filosófico, com sua ênfase no conceptualismo, no *a priori*, e no rigor lógico. Defenderam um empirismo radical em que proposições seriam avaliadas pelas conseqüências observáveis e não por seus antecedentes lógicos - defenderam, em outras palavras, uma extensão do método científico para todas as áreas de investigação<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Referência à chamada “segunda fase” do autor, na qual operou uma mudança em sua linha de pensamento a partir da obra *Investigações Filosóficas*, afastando-se do representacionismo (correspondência da linguagem com a realidade) ainda presente em seu *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Esta segunda fase coincide com o segundo giro lingüístico, o qual se convencionou chamar de giro lingüístico-pragmático. Neste, o foco da linguagem não se situa apenas no objeto; ao contrário, dirige-se predominantemente ao sujeito, enquanto construtor de sua própria realidade, a qual, *per si*, seria incognoscível aos seres humanos. Neste sentido, ressaltem-se os abismos gnosiológicos tratados por João Maurício Adeodato in ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª Ed São Paulo: Saraiva, 2006, p.184.

<sup>2</sup> POSNER, Richard. A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 231. No original, “[...] [the Pragmatism] antecedentes reach back to the Sophists and Aristotle and less remotely to Hume, Mill, Emerson, Hegel, and Nietzsche”.

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*. Tradução livre do original: “The pragmatists turned away not only from the topics but also from the methodology of the philosophical mainstream, with its emphasis on conceptualism, the *a priori*, and logical rigor. They advocated a radical empiricism in which propositions would be evaluated by the

No que pertine à aplicação das normas jurídicas, o pragmatismo pugna que esta atividade não pode se limitar ao cotejo entre conceitos, dissociados de uma análise prática e das circunstâncias do caso concreto. Desta maneira, se o Direito serve, sobretudo, para resolver problemas, possuindo um caráter eminentemente funcional<sup>4</sup>, o pragmatismo se revela como um método idôneo a subsidiar a pesquisa e aplicação dos institutos jurídicos, desvencilhando o aplicador da opção entre a austeridade científica do positivismo em contraponto com o imperativo de um fundamento moral que remonta ao jusnaturalismo. Afirma Richard Posner:

O pragmatismo não leva, em linha reta, a uma filosofia de adjudicação mais do que leva, em linha reta, à democracia liberal. Ele pode encorajar ou fortificar uma disposição mental que é cética quanto a qualquer filosofia de adjudicação que põe o juiz num papel de buscador de certeza, que emprega para esse fim ferramentas tão próximas da lógica formal quanto possível. E pode encorajar o pensamento de que os juízes devem repensar sua missão de ajuda à sociedade a lidar com seus problemas e, portanto, que as regras que os juízes criam como subproduto da adjudicação devem ser avaliadas por um critério do “que funciona” em vez de por sua correspondência com a verdade, o direito natural ou algum outro princípio validador abstrato<sup>5</sup>.

Enquanto filosofia para a ação, o pragmatismo nasce sob a égide da prática, como já aponta sua origem etimológica<sup>6</sup>. De acordo com essa concepção, “é a prática que orienta a nossa construção de crenças, nossa noção de verdade, nosso uso da linguagem<sup>7</sup>”, no que, ao nosso ver, se concilia ao consequencialismo ao privilegiar “uma prática orientada para determinadas consequências, para que o organismo humano possa almejar soluções melhores, melhor situação em seu processo de adaptação ao meio ambiente<sup>8</sup>”, o que Laurenio Leite Sombra autor credita à influência darwiniana.

Neste contexto, de mãos dadas com o pragmatismo jurídico e, em certo ponto, como herdeira do utilitarismo – em que pesem as cruciais divergências entre as correntes –, surge a Análise Econômica do Direito, fundada na maximização de riquezas através da

---

observable consequences rather than by their logical antecedents – advocated, in other words, an extension of the scientific method into all areas of inquiry”.

<sup>4</sup> Como pontua Richard Posner: “O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas podem ser respondidas mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão antipragmática quanto antiempírica. Nesse contexto, não se pergunta o que funciona, mas sim que regras e decisões formam vínculos em uma cadeia lógica que aponte a uma fonte jurídica revestida de autoridade, como o texto da Constituição ou uma doutrina inquestionada do *common law*”. (POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.421).

<sup>5</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.36-37.

<sup>6</sup> N.A.: Do grego *pragma*, “ação”, “operação”, “trabalho”, “poder”.

<sup>7</sup> SOMBRA, Laurenio Leite. **Nas fronteiras de Wittgenstein – diálogos com o pragmatismo e a hermenêutica filosófica**. Brasília: UnB, 2012, p. 45.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*.

eficiência (mormente em seu espectro normativo) e sob o pressuposto de que os indivíduos geralmente se orientam em consonância com postulados racionais, sendo suscetíveis a estímulos.

Desta forma, engendra-se a perspectiva da indução de comportamentos como uma das funções da norma jurídica, de forma que a Economia não serviria apenas como prognose, identificada como um referencial de previsibilidade do comportamento das pessoas quanto à obtenção e alocação de recursos escassos, mas seria uma ferramenta idônea a identificar resultados não necessariamente mercadológicos decorrentes da edição ou concreção de uma norma jurídica, especialmente em termos de incentivo.

Firmadas tais premissas, é possível constatar uma forte associação entre a Análise Econômica do Direito e a corrente pragmatista, dado que ambas adotam uma noção falibilista do Direito e conferem grande importância às consequências geradas pela decisão na sociedade, com idênticos *antifundacionalismo* (rejeição de qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento), *contextualismo* (por enfatizar o papel da investigação filosófica ou científica) e *consequencialismo* (expresso na ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas, o que levaria a atitude empiricista e experimentalista<sup>9</sup>).

Tanto o pragmatismo jurídico quando a Análise Econômica do Direito se afastam de debates, tantas vezes inócuos, sobre o mero teor de conceitos jurídicos (o foco excessivo no campo semântico), no que se aproximam de uma visão empírica do Direito. Neste sentido, Thomas Ulen pontua:

Embora a coerência lógica da doutrina seja um elemento extremamente importante do direito, outro elemento importante é sua eficácia. Há um valor transparente para o trabalho empírico em determinar como as pessoas respondem a várias normas e *standards* jurídicos. Dessa maneira, conquanto a ausência de teoria possa explicar a ausência, *entre os estudiosos*, de um ardente desejo de validar ou refutar a teoria com base em trabalho empírico, entre os *profissionais* do direito deve haver um profundo interesse na validação empírica<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. “Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações.” *In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Daniel Sarmiento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 176.

<sup>10</sup> ULEN, Thomas S. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. *in* PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. (Orgs.) **Direito e Economia em dois mundos: Doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p.63.

O autor considera que o interesse no trabalho empírico floresceu quando o formalismo jurídico cedeu espaço ao realismo, nos idos de 1930 e 1940, de forma que, ao preferir centrar-se nos efeitos do direito e na determinação do que ele *é* através da previsão do que o tribunal fará, haveria um impulso empírico inevitável em direção a este ponto de vista no direito<sup>11</sup>.

Especialmente nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), a abordagem lógico-dedutiva ou as incursões semânticas podem não socorrer o intérprete, mormente pela dificuldade de contrastar o texto legal com a realidade social sobre o qual este atua, auferindo parâmetros palpáveis para a decisão. Nesta linha, diz Neil MacCormick:

No atual contexto, porém, estamos interessados não na demonstração de verdades lógicas, mas em sua aplicação, ou seja, a aplicação de formas de argumentação logicamente válidas em contextos legais. Do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas. Se elas são ou não verdadeiras é (ou pelo menos pode ser) uma questão empírica<sup>12</sup>.

Assim, acentua-se a necessidade de um método para avaliar as consequências ou, até mesmo, explicitar a *praxis* jurídica, em consonância com a visão holmesiana de que a “vida do direito não tem sido lógica, mas experiência<sup>13</sup>”. Desta forma, é possível subsidiar uma abordagem mais realista do Direito, insuscetível de acontecer mediante a análise estritamente dedutiva (ou da “justificação por dedução”, nos termos de Neil MacCormick), especialmente em um cenário de preponderância e uso indiscriminado dos princípios jurídicos encartados na Constituição Federal.

Neste contexto, sobejam métodos sofisticados de hermenêutica jurídica, além de críticas à ponderação. Entretanto, se os meros critérios semânticos não são suficientes para informar os juízos ponderativos - sendo necessário privilegiar a pragmática, consequências econômicas (não necessariamente mercadológicas) e circunstâncias do caso concreto -, também não nos tem socorrido o completo desprezo pelos métodos tradicionais de interpretação jurídica. Tratando do tema, constata Andreas Krell:

A consequência dessa orientação exageradamente crítica em relação aos métodos clássicos por parte da doutrina jurídica nacional leva a um estado permanente de “esquizofrenia metodológica” daqueles profissionais do Direito que também estão ligados à academia: em sala de aula, eles aceitam ou até

---

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 63-64.

<sup>12</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30-31.

<sup>13</sup> No original: “The life of the law has not been logic; it has been experience”. *in* HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. (Obra em domínio público – disponível em <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>)

defendem (como professores ou alunos de cursos de pós-graduação *stricto sensu*) a impossibilidade de estruturação racional e/ou metódica do processo da interpretação jurídica; já no exercício prático de sua profissão, confiam no uso dos elementos metódicos tradicionais, empregando-os para solucionar os problemas que surgem nos casos concretos<sup>14</sup>.

Richard A. Posner também reverbera o pensamento de que muitas questões jurídicas importantes, ainda que certamente nem todas, podem perfeitamente ser resolvidas utilizando-se os métodos do raciocínio jurídico<sup>15</sup> e acrescenta, posteriormente, que “o raciocínio silogístico é tão convincente e conhecido que os advogados e juízes, sempre ávidos por fazer sua atividade o mais objetiva possível, tentam fazer com que o o raciocínio lógico pareça o mais silogístico possível<sup>16</sup>”. Com efeito, na prática forense, a adesão aos métodos tradicionais é corrente e serve, inclusive, forma de justificação externa da decisão judicial, uma vez que não nos parece muito producente, para a satisfação das partes, que o juiz reconheça que decidiu pela (im)procedência da demanda, mas poderia, com idêntica legitimidade, decidir de modo diverso.

A “decisão correta”, geralmente amparada no raciocínio dedutivo e na subsunção, ainda vige, pois, nas práticas dos Tribunais, embora não se sustente epistemologicamente (a despeito de respeitáveis divergências como a de Ronald Dworkin<sup>17</sup>), mormente nos chamados *hard cases* (casos difíceis)<sup>18</sup>.

Demais disso, conforme se demonstrou, uma pretensa estruturação “racional” de fato é vista com ceticismo pela ótica do pragmatismo; no entanto, tal corrente não

<sup>14</sup> KRELL, Andreas J. Entre o desdém teórico e a aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: **Revista Direito GV São Paulo**, 10(1), p. 295-320, Jan-Jun 2014, p. 297.

<sup>15</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 49.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p.52.

<sup>17</sup> A posição de Dworkin está em consonância com uma fundamentação filosófica mais abrangente para sua teoria, que admite apenas o chamado ceticismo interno. Para o autor, “talvez não seja verdadeiro nem falso que o aborto seja mau ou que a Constituição americana condene toda a preferência racial ou que Beethoven tenha sido um artista mais criativo que Picasso. Mas, neste caso, não é por não poder haver uma resposta certa a tais questões por razões prévias ou externas ao valor, mas sim porque é a resposta certa internamente, em termos de bom juízo moral, legal ou estético. [...] Não se pode ser totalmente cético em relação a qualquer domínio do valor. (DWORKIN, Ronald. **Justiça Para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 48).

<sup>18</sup> Há, contudo, quem despreze completamente o raciocínio dedutivo para qualquer espécie de caso. A título de exemplo, citamos a tópica de Theodor Viehweg. Para o autor, em citação literal: “Mirando hacia atrás se comprueba cómo del sistema jurídico lógico, es decir, de un intacto nexo de fundamentos, no queda ya casi nada y lo que queda no es suficiente para satisfacer, ni siquiera de un modo aproximado, las modernas aspiraciones deductivo-sistemáticas. Donde quiere que se mire, se encuentra la tópica, y la categoría del sistema deductivo aparece, al final, como algo inadecuado, casi como un impedimento para la vista. Obstruye la contemplación de la estructura que efectivamente existe, de cuya peculiaridad resulta que la usualmente llamada subsunción jurídica juega un papel que no carece de importancia, aunque no posea, para fundamentar un sistema jurídico, el peso que indiscutiblemente le correspondería si existiera un sistema perfecto”. (VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, p. 143).

abraça o completo relativismo e considera mais eficiente, simplesmente, uma mudança de foco: em vez de prestigiar a “verdade” ou “racionalidade”, que se perscrute uma maior eficiência ou utilidade.

Ainda assim, o intérprete não se desvencilha totalmente de problemas na aplicação dos princípios, que continuam, por sua notável abertura semântica, sendo objeto de larga imprecisão em sua interpretação – e, não raras vezes, de completa ausência de ordenação metodológica no processo de aplicação. Diante deste cenário, a presente dissertação busca avaliar se e como a AED poderia auxiliar o operador do Direito no manejo das normas definidas como princípios, sobretudo nas hipóteses de colisão e uso da máxima da ponderação.

Para tanto, o trabalho se estrutura em quatro itens, afora nossas ulteriores considerações a título de conclusão. No primeiro item, tratamos acerca da ponderação, abordando o tema em cotejo com a ascensão da corrente intitulada “neoconstitucionalismo”. Como reflexo de um maior protagonismo do Poder Judiciário na concretização das normas jurídicas, também discorremos sobre a jurisdição constitucional e os desafios ao processo tradicional de ponderação, sobretudo em face da incomensurabilidade e incomparabilidade das normas definidas como princípios e da duvidosa utilidade prática das fórmulas apresentadas por Alexy para dosagem do sopesamento.

Apresentando as críticas e tentativas de ordenação metodológica do processo de ponderação, encerramos o item discutindo a recentíssima decisão, proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que o Tribunal analisou, pela primeira vez, uma alegação de nulidade por violação do parágrafo 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, que positivou, no direito brasileiro, a ponderação em caso de “colisão entre normas”.

O caso levado ao Tribunal Superior decorreu da irrisignação da Sociedade Beneficente Muçulmana, autora de ação contra o Google fundamentada em suposta ofensa à liturgia religiosa islâmica em virtude do vídeo do *funk* “Passinho do Romano”, publicado na plataforma *YouTube*, em que são citados trechos do Alcorão. Na origem, ponderando a liberdade de expressão e a inviolabilidade das liturgias religiosas, o Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu pela rejeição o pedido de indenização e de retirada do vídeo do sítio eletrônico.

No segundo item, discorreremos sobre as relações entre ponderação, racionalidade e Análise Econômica do Direito (Direito e Economia ou *Law and Economics*), apresentando o pragmatismo jurídico como uma terceira via capaz de suplantar a discussão estéril acerca da objetividade científica em contraposição à fundamentação moral no Direito; o pragmatismo é, afinal, na percuciente definição de William James, “um método de assentar disputas metafísicas que, de outro modo, se estenderiam interminavelmente<sup>19</sup>”.

Em seguida, também trazemos à lume o problema da inadequada abordagem e entendimento da Análise Econômica do Direito, entendendo pela necessidade de se traçar uma melhor delimitação teórica desta área de estudo.

A despeito de sua popularidade, que acentuam os debates acerca do tema, a Análise Econômica do Direito ainda é uma corrente controversa no Brasil. Já referida no Supremo Tribunal Federal, embora ainda cercada por diversos mitos, a AED sofre com a imprecisão semântica e metodológica em seu manejo.

Neste ensejo, se busca investigar a percepção desta corrente no Brasil e trazer maior rigor à sua aplicabilidade, concluindo, antes de tudo, pela necessidade de uma maior precisão teórica no emprego da ferramenta, distinguindo-a de um mero método hermenêutico de cunho consequencialista, mormente quando utilizada no contexto da ponderação entre normas, já apresentado no item anterior.

Evitando nos restringir ao aspecto meramente teórico e, sobretudo, buscando nos afastar do descolamento entre Academia e prática judicial, que tem, infelizmente, sido tão comum no contexto das pós-graduações brasileiras, passamos, enfim, aos terceiro e quarto item, em que nos ocupamos da colisão de princípios e definição do princípio preponderante sob a ótica da lei e da Suprema Corte brasileira, abordagem inolvidável em um trabalho de cunho pragmatista.

Neste desiderato, no terceiro item, dispensamos tratamento inicial aos imperativos econômicos de *lege lata*: marcadamente as recentes alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) e o instrumento processual relativo à chamada suspensão de segurança. Quanto à LINDB, a nova lei fez inserir em seu texto os arts. 20

---

<sup>19</sup> JAMES, William. O que significa o Pragmatismo. **Pragmatismo e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Lidaador, 1967, p. 44.

a 30 (com veto ao art. 25), buscando estabelecer regras para preservação da segurança jurídica e da eficiência na aplicação de normas de direito público.

Para explicitar a pertinência de tal inovação legislativa ao tema do presente trabalho, adiantamos que o acrescido art. 20 passou a prever que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”; demais disso, eu parágrafo único ainda remonta ao princípio da proporcionalidade, ao estatuir que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Em razão disto, analisamos se tais alterações configurariam uma imposição legislativa ao uso do ferramental da Análise Econômica do Direito, ou se tal raciocínio configuraria conclusão açodada de uma mera sinalização em prol de uma maior objetividade e consideração das consequências no Direito.

Por sua vez, no que se refere à “suspensão de segurança”, demonstramos que importância conferida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, às consequências das decisões – com previsão textual da possibilidade de suspender a eficácia de uma decisão que se revele temerária – já remonta à antiga lei do mandado de segurança (Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964), estando o instrumento hoje também previsto na atual lei do *mandamus* (Lei nº 12.016/2009) e na Lei nº 8.437/92. Por meio dele, é possível ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Analisadas as principais previsões textuais - isto é, positivadas - que demandariam uma análise de consequências, o trabalho busca apresentar as tendências das Cortes Superiores (restritas, no caso, ao STJ - Superior Tribunal de Justiça e STF - Supremo Tribunal Federal) relacionadas à Análise Econômica do Direito. Antes, porém, para melhor compreensão da atividade decisória nesta matéria, elabora digressões acerca

da decidibilidade à luz da Economia, problematizando as escolhas trágicas (*tragic choices*) e os bens de mérito (*merit goods*).

Encarando a problemática da correspondência entre “direitos” e “deveres” humanos, inclusive no âmbito da normatização supranacional, busca demonstrar, à luz do Direito & Economia, a consideração de custos não só financeiros, mas outra peculiar espécie de custo externo: os custos morais, ou o sofrimento mental que sua alocação no mercado comum impõe a outras pessoas, como sói ocorrer nas chamadas *transações repugnantes*, a exemplo daquelas em que é preciso estipular um valor para a vida ou integridade humana.

Como fecho, fazemos uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no RE 601.314 – que garantiu acesso ao Fisco a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial – e no 4º Agravo Regimental no Inquérito 4434 – que confirmou jurisprudência no sentido da competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns que apresentam conexão com crimes eleitorais –. Ao fim, apresentamos nossas considerações finais, sintetizadas na resposta à inquietante pergunta: “É possível, ao ferramental econômico, orientar decisões jurídicas?”.

## 1 EQUILIBRANDO A BALANÇA: A PONDERAÇÃO DE NORMAS

### 1.1 Neoconstitucionalismo, jurisdição constitucional e os desafios ao processo tradicional de ponderação

Em voga no cenário jurídico contemporâneo, a ponderação ou balanceamento tem sido descrita como o método de eleição para resolver conflitos envolvendo colisão entre princípios<sup>20</sup>, tendo chegado, até mesmo, a ser positivada no texto do Novo Código

---

<sup>20</sup> Embora haja quem fale em ponderar regras ou suas “razões entrincheiradas” (cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58), o mais comum é a aplicação da ponderação em casos relacionados a tipo de norma compreendido como princípio. Para Ana Paula de Barcellos, embora configure uma “quebra do sistema”, o uso da ponderação no conflito entre regras pode conferir maior racionalidade à decisão. Além disso, “não se trata rigorosamente de uma ponderação entre as regras, isto é, entre seus enunciados normativos, mas sim entre o conjunto de razões e valores que se acomodam atrás desses enunciados” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 217-218).

de Processo Civil brasileiro, que prevê a técnica como forma de resolução do “conflito entre normas<sup>21</sup>”.

Robert Alexy, seu principal teórico, descreve o balanceamento como uma parte do que é requerido por um princípio mais compreensivo: a proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), constituída por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A *adequação (Geeignetheit)*, primeiro requisito do princípio da proporcionalidade, exige que as medidas interventivas adotadas se demonstrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. Na avaliação da *necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)*, deve-se perscrutar a existência de meio menos gravoso para o indivíduo que se revele igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* preceitua que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador<sup>22</sup>.

É neste último subprincípio que se insere, para Alexy, a máxima da ponderação, sopesamento ou balanceamento, a qual, por sua vez, diante da colisão de princípios, também pode ser dividida em três estágios: o primeiro envolve o estabelecimento do grau de não-satisfação ou detrimento ao primeiro princípio; o segundo, no qual se estabelece a importância de satisfazer o princípio concorrente; e o terceiro, no qual se verifica se a importância da satisfação do último princípio justifica a preterição ou não-satisfação do primeiro<sup>23</sup>.

Esta ideia está relacionada a um princípio da interpretação constitucional descrito por Konrad Hesse como princípio da *concordância prática*, que exige a coordenação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos de tal modo que, ao final, todos tenham preservada sua identidade.

Hesse afasta expressamente o que chama de uma precipitada “ponderação de bens” ou uma abstrata “ponderação de valores” a fim de realizar um dos bens em

---

<sup>21</sup> Adiante, aprofundaremos tal positivação, analisando como o Superior Tribunal de Justiça, em recentíssima decisão, interpretou o dispositivo e parametrizou a aplicação da ponderação.

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption -A Structural Comparison**. Ratio Juris, v. 16, nº 04, 2003, p. 437.

sacrifício completo do outro. Para ele, tal ponderação se aproximaria da concordância prática na medida em que as valorações venham determinadas exclusivamente a partir da Constituição<sup>24</sup>.

Aproximando-se, neste ponto, de Alexy, Hesse afirma que, em decorrência do princípio da unidade da Constituição, é exigido um trabalho de *otimização*: “‘Proporcionalidade’ significa, nesse contexto, uma relação entre duas magnitudes variáveis, concretamente aquela que corresponda melhor a essa tarefa de otimização e não uma relação entre um ‘objetivo’ constante e um ou mais ‘meios’ variáveis<sup>25</sup>”.

As nuances do mecanismo de sopesamento desenvolvido por Alexy serão aprofundadas adiante; neste momento, importa destacar que a relevância adquirida pelo tema está notoriamente associada à posição destacada dos princípios no ordenamento jurídico, a qual se deve, em muito, à ascensão do movimento conhecido como neoconstitucionalismo, marcado, na Europa continental (especialmente na Alemanha e na Itália), pelo constitucionalismo do pós-guerra e, no Brasil, pelo processo de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição de 1988<sup>26</sup>.

Embora o neoconstitucionalismo não tenha uma definição unívoca e tampouco seja tema central do presente trabalho, é importante conhecer suas bases em face de sua associação com a teoria dos princípios e, conseqüentemente, com a ponderação. Assim, cabe destacar que, para Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, o movimento é fundado no (I) pragmatismo, (II) ecletismo metodológico, (III) principialismo, (IV) estatalismo garantista, (V) judicialismo ético-político, (VI) interpretativismo moral constitucional, (VII) pós-positivismo, (VIII) juízo de ponderação, (IX) especificidade interpretativa, (X) ampliação do conteúdo do *Grundnorm* e (X) conceito não-positivista do Direito<sup>27</sup>.

Daí, afirma-se decorrer uma maior aproximação entre os espaços da moral e do Direito, sendo os princípios a ponte entre ambas as esferas. Habermas afirma que as

---

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 114.

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>26</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 28 Jul. 2018, p.3.

<sup>27</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 64-73.

pretensões normativas neste sentido só foram possíveis a partir de uma moral universalista cujo conteúdo foi introduzido pela ideia de dignidade humana, nos direitos humanos e nos direitos dos cidadãos das constituições democráticas, sendo essa carga moral um resultado das revoluções constitucionais do século XVII – as chamadas revoluções liberais. Para ele, “somente esse vínculo *interno* entre dignidade humana e direitos humanos produz aquela fusão explosiva da moral no *médium* do direito, no interior do qual deve ser efetuada a construção das ordens políticas justas<sup>28</sup>”.

Nesse cenário, acentuou-se a importância e força normativa da Constituição, agora – de fato – figurando com supremacia no ordenamento jurídico, dele sendo o feixe de normas mais relevante. O texto constitucional se desveste de caráter meramente político para ser capaz de veicular mandamentos autoexecutáveis ou de eficácia plena, sem a necessidade, diversas vezes, sobretudo no que se refere a direitos fundamentais, da conformação ou regulamentação pelo legislador infraconstitucional<sup>29</sup>.

Seguindo tais influxos, a usual distinção normativa entre regras e princípios e o reconhecimento da normatividade destes fez crescer a relevância e interesse acadêmico em relação a estas normas, cuja interpretação e aplicação não se coadunavam com o tratamento clássico conferido às regras, tradicionalmente envolvidas no processo de subsunção e submetidas aos critérios hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), temporal (*lex posterior derogat legi priori*) e especial (*lex specialis derogat legi generali*) de resolução aparente (?) de conflitos.

Em verdade, é importante notar que, embora distinções como a que se faz entre regras e princípios sirvam a um desiderato pedagógico, sendo generalizantes e incapazes de compreender o fenômeno jurídico em toda sua complexidade, tal ressalva, *per se*, não constitui demérito, já que as tentativas teóricas de esgotar definitivamente o estudo jurídico estão fadadas ao fracasso<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012, p. 37.

<sup>29</sup> Conforme dispõe expressamente o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>30</sup> Como salienta Cristiano Carvalho, remetendo a “Del rigor de la ciencia”, de Jorge Luis Borges, “a ciência é sempre simplificadora do real. Para tanto, serve-se de *modelos* que buscam explicar parcela da natureza, cujos princípios são axiomas (premissas autoevidentes, não demonstráveis e não prováveis), mas que funcionam como pontos de partida para o empreendimento epistemológico”. (CARVALHO, Cristiano. É possível uma “ciência” do direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. (Orgs.) **Direito e Economia em dois mundos: Doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.125). De fato, a completa identidade

Sequer parece ser esta a finalidade de Robert Alexy, autor possivelmente mais renomado, no Brasil, sobre o tema, ainda que este tenha desenvolvido tanto uma teoria formal-estrutural (como o fez com a precisão matemática das fórmulas da subsunção e do peso) quanto outra relacionada com o conteúdo (em sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, na qual busca estabelecer critérios para a racionalidade da decisão judicial).

Nesta linha, é possível afirmar, de forma sucinta, que, para Robert Alexy, as normas jurídicas podem ser classificadas em regras ou princípios<sup>31</sup>, cuja distinção não é gradual, mas qualitativa<sup>32</sup>. Os princípios, para o autor, representam “mandamentos de otimização”, pois “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes<sup>33</sup>”. Já as regras são normas que são satisfeitas ou não, não havendo que se falar em satisfação em diferentes graus, uma vez que são determinações às quais só é cabível uma aplicação total.

Deste modo, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, sendo resolvidos pela introdução, em uma delas, de uma cláusula de exceção, ou pela declaração de invalidade de uma das regras colidentes. De forma diversa se dá a solução para a colisão entre princípios, a qual se situa no âmbito do peso – pois ambos são válidos –, motivo pelo qual o aplicador deve proceder a um sopesamento.

Diante dos princípios colidentes, Alexy propõe o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. O implemento de tal condição possibilita a formulação de uma “lei de colisão”, cujos termos, segundo Alexy, podem ser expostos de forma que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”<sup>34</sup>.

Não obstante, para o autor, havendo colisão entre princípios, o balanceamento é inevitável, de forma que o aplicador deve obedecer à “lei do sopesamento” (proporcionalidade em sentido estrito), para a qual “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da

---

entre a representação (modelo) e o real terminaria por ser autorrefutável, negando sua própria natureza representacional.

<sup>31</sup> Embora, para ele, possa haver uma figura “dúplice”, a exemplo da norma que consagra a dignidade da pessoa humana. In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.113-114.

<sup>32</sup> *Idem, ibidem*, p.91.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*, p.90.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, p.99.

satisfação de outro”<sup>35</sup>. Assim, deve-se estabelecer o “peso concreto” de um princípio em relação ao outro, considerando o “peso abstrato” de ambos, além das restrições a serem concretamente impostas a cada um deles, na hipótese da realização do outro.

E é o sopesamento o ponto de estrangulamento da teoria dos princípios, mormente em virtude do caráter incomensurável e incomparável dos princípios jurídicos, pelo que não podem, *a priori*, ser abstratamente hierarquizáveis, conforme é reconhecido pelo próprio autor. No entanto, é de se questionar: como definir, precisamente, uma interferência leve de outra moderada (critérios utilizados por Alexy em sua “fórmula do peso”), e quais parâmetros devem ser considerados para tal? Como definir o “peso abstrato” de cada princípio, sobretudo ao se considerar, segundo o próprio Alexy, ser “fácil perceber que uma ordenação abstrata de valores constitucionais, não importa se cardinal ou ordinal, é inaceitável<sup>36</sup>”, acrescentando que “não é possível inferir um resultado a partir de uma quantificação fixa; no máximo, é possível *ilustrar* de forma quantitativa a decisão, independentemente de como se tenha chegado a ela<sup>37</sup>”?

Como sustentar o processo de sopesamento tão-somente por meio da via encontrada por Alexy para suplantar tais obstáculos, contornando este problema pela *ordenação flexível* de princípios, a qual pode surgir ora por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor (pressupondo uma carga argumentativa em prol, por exemplo, da liberdade individual ou da igualdade) ou através de uma rede de decisões concretas sobre preferências (considerando a jurisprudência do Tribunal Constitucional)<sup>38</sup>?

Justificando a ordenação flexível de princípios, Alexy afirma: “Muitos princípios constitucionais não diferem em seu peso abstrato. Muitos, entretanto, o fazem. O direito à vida, por exemplo, tem um peso abstrato maior do que a liberdade geral de ação<sup>39</sup>”. A problemática não é tão simples, especialmente quando se tem em vista, por

---

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*, p.167.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p.160.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, p. 162.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*, p.163.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption -A Structural Comparison**. *Ratio Juris*, v. 16, nº 04, 2003, p. 433-449. Tradução livre do original: “*Many constitutional principles do not differ in their abstract weight. Some, however, do. The right to life, for instance, has a higher abstract weight than the general freedom of action*”.

exemplo, o direito à interrupção da gestação de fetos anencefálicos<sup>40</sup>, garantido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na ADPF 54<sup>41</sup>.

Neste caso, entendeu o Supremo que a vida do feto anencéfalo cederia diante da autonomia e dignidade da mulher tendo em vista a sua inviabilidade extrauterina, fazendo dele um “natimorto cerebral”, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello (relator). O assunto continua sendo objeto de acalorada polêmica, agora no que se refere ao direito à interrupção da gestação pela mulher, independentemente das condições do feto ou das demais hipóteses permissivas na legislação penal, que criminaliza o aborto. A matéria está pendente de julgamento no Supremo (ADPF 442, que pede a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, de relatoria da Ministra Rosa Weber).

Assim, embora a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy se funde em postulados universalistas e racionalistas, reconhecer a normatividade dos princípios leva, inevitavelmente, à problemática da aplicação destes, cujas peculiaridades geram, para o aplicador, um esforço hermenêutico maior do que àquele conferido às “regras”<sup>42</sup>, na maioria dos casos.

É neste ponto que merece maior análise acadêmica o processo de ponderação, sopesamento ou balanceamento. Sem critérios, o método pode ocultar um decisionismo, conforme alerta Fausto Santos de Moraes ao atestar, em relação ao princípio da proporcionalidade, que “imperava no STF, diante disso, o princípio da proporcionalidade como *enunciado performático* que acaba escondendo os motivos da decisão na consciência do intérprete<sup>43</sup>”.

Em artigo bastante difundido, sobretudo pelo impacto de seu título, Carlos Ari Vieira Sundfeld questiona: “Princípio é preguiça?”, alertando para o fato de que, com a judicialização das políticas públicas, os juízes exercem função regulatória, não podendo fazê-lo de forma superficial – isto é, sem debater com consistência a política que a própria

---

<sup>40</sup> Feto anencefálico é aquele que “por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais)” (DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 281)

<sup>41</sup> BRASIL. STF, **ADPF 54 / DF**. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. em 12/04/2012, DJe de 30/04/2013.

<sup>42</sup> Considerando a distinção feita por Robert Alexy, embora deva se remeter à ressalva feita anteriormente quanto às deficiências da segmentação entre regras e princípios.

<sup>43</sup> MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: JusPodivm, 2016, p.250.

lei lhe conferiu competência para construir, como no caso da improbidade administrativa, bem como desprezando as políticas legais em favor de outras soluções, fazendo-o por meio de meras intuições ou bons propósitos<sup>44</sup>.

Denunciando um “constitucionalismo à brasileira”, Plínio Régis Baima de Almeida vê uma nova roupagem para o combatido “livre convencimento” do magistrado, utilizando a liberdade de fundamentação do juiz para camuflar a combatida discricionariedade:

Em outras palavras, combate-se o ‘livre convencimento’ concedendo-se ao juiz liberdade quase absoluta quanto aos instrumentos a serem utilizados para demonstrar o seu ‘convencimento’, inclusive permitindo a não adoção ou a adoção sincrética de métodos e teorias. Combate-se o livre convencimento no fim (dispositivo da decisão) autorizando o livre convencimento do meio (fundamentação), o que faz previamente com que se desconfie tratar-se da velha discricionariedade combatida, agora camuflada e justificada com o (falso) manto da racionalidade<sup>45</sup>.

Autores como Bruno Aguiar Santos – associado à “Crítica Hermenêutica do Direito” de Lênio Streck – vão além, para considerar o próprio neoconstitucionalismo como uma “ideologia fadada ao fracasso do arbítrio<sup>46</sup>”. Em que pesem eventuais exageros, é fato que, como consectário lógico desta crescente proeminência principiológica, refletindo normas com conteúdo semântico mais ampliado, aberto ou indeterminado, tem-se a protagonização do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas *a posteriori*, a pretexto da efetivação dos direitos fundamentais.

Se muitos casos podem de fato ser resolvidos pela lógica tradicional da subsunção (análise do enquadramento dos fatos – premissa menor – na hipótese descrita pelo Direito – premissa maior –, gerando a consequência prescrita por este – conclusão – )<sup>47</sup>, conforme reconhecido pelo próprio Alexy, também é verdade, segundo o autor, que

<sup>44</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação**. Racionalidade e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

<sup>45</sup> ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Poder Judiciário e Política**: o dilema do constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 55.

<sup>46</sup> SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo**: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: JusPodivm, 2018.

<sup>47</sup> Na subsunção, tem-se a forma clássica de aplicação ou incidência do esquema lógico tradicional do *se* → *então*, conforme observa Karl Engisch: “A hipótese legal abstracta da regra de Direito imediatamente apenas estabelece as condições e circunstâncias sob as quais intervém em geral uma consequência jurídica, isto é, um dever-ser. Esta é uma relação condicional, mas também pode ser concebida como relação predicativa. Ora, se *in concreto*, pela via da subsunção – que mais adiante analisaremos em detalhe -, se verifica que as condições duma consequência jurídica (um dever-ser) estão efetivamente presentes, com isso fica por nós verificada a *actualidade* (*Aktualität* = efectiva existência) desta mesma consequência jurídica. Podemos, portanto, dizer que a presença dos factos concretos que preenchem a hipótese legal abstracta da regra jurídica passa a ser a base em que se funda o juízo cognitivo sobre a *actualidade* da

os casos difíceis (*hard cases*) assim o são justamente pelo fato de que há razões tanto a favor quanto contra qualquer resolução sob consideração.

O reflexo disto, para Alexy, é que muitas dessas colisões precisam ser resolvidas por meio da ponderação, o que é reforçado pela própria estrutura do Estado constitucional. Assim, “se a Constituição garante direitos constitucionais, então muitas ou até mesmo todas as decisões restringindo a liberdade dos indivíduos devem ser entendidas como interferências em direitos constitucionais<sup>48</sup>”.

É notável que a Constituição Federal de 1988 trouxe um modelo constitucional progressista, classificado juridicamente como de cunho programático, por meio do qual o constituinte originário não se limitou a proteger o indivíduo contra excessos ou arbítrio do Estado (Constituição garantista), mas traçou diversas finalidades, metas e objetivos a serem perseguidos pelo Poder Público (Constituição dirigente).

Para além dos mecanismos previstos no próprio texto constitucional para inibir a ineficácia social de tais dispositivos – a exemplo dos remédios constitucionais do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular –, o controle judicial dos direitos fundamentais (e, como consectário lógico, também das políticas públicas) é ínsito à estrutura constitucional, como decorrência, em *ultima ratio*, da inafastabilidade da jurisdição, cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, XXV c/c o art. 60, §4º, IV), para além do fortalecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>49</sup>.

Some-se a isto o fato de termos uma constituição analítica (extensa ou prolixa) e um dos modelos de controle de constitucionalidade mais ampliados do mundo, em que ocorre a verificação da compatibilidade formal e material entre as normas infraconstitucionais e a Constituição tanto de forma preventiva quanto repressiva, e tanto

---

consequência jurídica. ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 11ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 68.

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption - A Structural Comparison**. *Ratio Juris*, v. 16, n° 04, 2003, p. 436. Tradução livre do original: “*If the constitution guarantees constitutional rights, then many or even all legal decisions restricting the freedom of individuals have to be understood as interferences with constitutional rights.*”

<sup>49</sup> A dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi tema de estudo de Gustavo Barbosa Giudicelli, para quem esta perspectiva por servir, ao mesmo tempo, “como um reforço hermenêutico para a formatação de posições jurídicas jusfundamentais subjetivas, como base teórica para o advento de deveres estatais de proteção judicialmente exigíveis, e como parâmetro axiológico para a aferição da adequação constitucional das decisões judiciais e das escolhas administrativas”. (GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **Dimensão Objetiva do Direitos Fundamentais**. Parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 239).

pela via abstrata ou principal (controle concentrado, realizado pelo STF ou pelos TJs dos Estados e do DF) quando pelo meio concreto-incidental (exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente de instância).

Dalmo de Abreu Dallari, que vê com bons olhos a ampliação da jurisdição constitucional, descreve tal fenômeno como reflexo do período posterior à 2ª Guerra Mundial: um conseqüência do reconhecimento generalizado da necessidade de uma Constituição como sistema normativo superior para a paz e a estabilidade social, o que demandaria que tal superioridade fosse garantida por uma jurisdição constitucional:

A necessidade de controle de constitucionalidade das leis e, em seguida, dos atos do governo foi sendo reconhecida e defendida pelos teóricos do constitucionalismo, alargando-se cada vez mais o âmbito do controle, até chegar à conclusão de que nenhum ato com repercussão em qualquer direito, direta ou indireta e por mínima que seja, deve ficar imune ao controle de constitucionalidade. Multiplicaram-se as propostas e teorias a respeito da melhor forma de controle, desenvolvendo teorias sofisticadas, falando em controle prévio e *a posteriori*, difuso e concentrado, controle por um tribunal especial ou por um tribunal comum, ao qual se daria mais essa competência<sup>50</sup>.

Em sentido contrário, Ran Hirschl considera estarmos nos dirigindo rumo a uma “juristocracia”, e que o empoderamento judicial obtido pelo novo constitucionalismo nada mais é do que o resultado de um estratégico pacto tripartite entre as hegemônicas, embora ameaçadas, elites políticas, para isolar suas preferências políticas das vicissitudes da política democrática; elites econômicas, que compartilham um compromisso com o livre mercado e uma concomitante antipatia pelo governo; e Cortes Supremas, buscando elevar seu poder simbólico e posição institucional<sup>51</sup>. O neoconstitucionalismo, portanto, seria um meio de solapar o poder e a tomada de decisão das mãos do povo.

Embora haja, conforme vimos, divergências diametrais na visão sobre o neoconstitucionalismo, o fato incontroverso da ascendência do chamado “ativismo judicial” gera preocupações quanto à acentuação da discricionariedade judicial, resvalando em um possível decisionismo. Contudo, o retorno ao formalismo outrora vigente já não é admissível, revelando-se insuficientes as respostas oferecidas tanto pelo positivismo duro (*hard positivism*) quanto pelo jusnaturalismo.

---

<sup>50</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 336. Esta visão positiva também é compartilhada por Dirley da Cunha Júnior, que chama atenção para o papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional. (Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. Teoria e Prática. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 57).

<sup>51</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 214.

A evolução das constituições, da hermenêutica e dos dilemas jurídicos na contemporaneidade demanda um cotejo entre a objetividade científica, a previsibilidade e certeza almejadas pelo positivismo e o critério de justiça perseguido pelas correntes jusnaturalistas. Sob esta ótica, as regras prestigiam a certeza e previsibilidade, enquanto os princípios se voltam para a justiça material. Afirma Joachim Rückert:

Rigidez normativa deve produzir certeza do direito. Certeza do direito sempre foi desejo do cidadão. Queremos saber como devemos nos orientar, quais são as punições e os ganhos. Rigidez normativa deve produzir confiança no direito. Rigidez normativa deve ser geral e tratar todos de maneira igual. Ao fim e ao cabo, trata-se de justiça na terra. Ao contrário do que ocorre com a ponderação: ela ajuda no caso concreto. Ela se aproxima da equidade<sup>52</sup>.

Se a ponderação ajudaria a promover o equilíbrio entre tais valores no âmbito da decisão judicial (sobretudo aquelas baseadas em princípios), sua aplicação equivocada pode dar ensejo a consequências ainda mais nocivas que o modelo baseado tão somente na subsunção. A “equidade” pode transformar-se em arbítrio; a “justiça material” pode envidar usurpação de competências. Alertando para os perigos da “ponderação” distorcida de princípios e valores, e analisando o cenário atual do Judiciário brasileiro, Andreas Krell conclui:

Apesar de consideráveis mudanças na jurisprudência do STF nos últimos anos, que enveredou cada vez mais em direção a uma interpretação criativa de princípios, levando, em muitos casos, à invalidação de regras vigentes, pode-se afirmar que boa parte do Judiciário brasileiro ainda não está acostumada a trabalhar com normas principiológicas. As bases axiomáticas do sistema jurídico dificilmente conseguem influenciar a interpretação da legislação ordinária pelos juízes, que, na sua maioria, ainda assumem uma atitude formalista. [...] Em outros (poucos) casos, observa-se o contrário: há uma argumentação mal fundamentada dos julgadores a partir dos princípios constitucionais, que os emprega como se fossem “cheques em branco” para se chegar aos resultados desejados, desrespeitando-se as tradicionais regras metodológicas para a produção de uma decisão bem fundamentada e defensável<sup>53</sup>.

É para suprir as lacunas do processo de ponderação de princípios que pode ser útil o manejo de um ferramental próprio das ciências econômicas, sem, contudo, desnaturar o caráter jurídico do caminho decisório. Esta é uma das possibilidades de utilização dos métodos da linha conhecida como Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*, da qual nos ocuparemos a seguir. Antes disto, cabe aprofundar as críticas ao processo de ponderação e suas tentativas de ordenação metodológica.

<sup>52</sup> RÜCKERT, Joachim. **Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional**. Tradução de Thiago Reis. São Paulo: Revista Direito GV, V. 14 N. 1, p. 240-267, Jan-Abril 2018.

<sup>53</sup> KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 109.

## 1.2 Para além da superfície: as críticas e tentativas de ordenação metodológica do processo de ponderação

Sem prejuízo das preocupações quanto ao excesso de discricionariedade e ativismo judicial, a aplicação dos princípios está longe de ser indene a críticas. Se sua normatividade é incontroversa, o mesmo não se pode dizer quanto ao processo de concretização.

No já mencionado artigo “Princípio é preguiça?”, Carlos Ari Vieira Sundfeld vai além da mera crítica para reconhecer que os princípios, *per se*, não são maus nem bons – em verdade, são “necessários aos jogos de poder existentes na sociedade<sup>54</sup>”. De fato, os princípios, para além de firmarem os valores essenciais de uma comunidade, conferem plasticidade e adaptabilidade ao ordenamento jurídico, além de serem úteis quando falta consenso político, mormente sobre temas sensíveis, em uma sociedade plural. O objeto da acidez do autor é o uso indiscriminado deste tipo de norma como escape para os “espertos e preguiçosos”, razão pela qual ele tenta elencar alguns ônus a serem suportados pelo aplicador.

O primeiro seria o *ônus da competência*, delimitando a legitimação de sua competência, explicitando seu fundamento específico e delineando com clareza o âmbito de competência normativa. Neste sentido, ressalta Sundfeld, não basta a invocação de princípios jurídicos e a alegação de sua pertinência para o caso concreto: “é preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de sua legitimação, examinando, inclusive, as possíveis consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria, em lugar do legislador ou do administrador<sup>55</sup>”. Um exemplo seria a limitação à nomeação sem concurso para cargos públicos formulada pela Súmula Vinculante nº 13, a pretexto da aplicação do princípio da moralidade.

O segundo elemento seria o *ônus do regulador*, bastante associado às intervenções em políticas públicas, a exemplo do acesso a saúde, medicamentos e serviços públicos. Isto demandaria um estudo profundo da realidade que se pretende

---

<sup>54</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação**. Racionalidade e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem*, p. 299.

regular, entendendo as características e as razões da regulação anterior, identificando as alternativas regulatórias existentes, antevendo possíveis custos e impactos, positivos e negativos, da nova regulação, dentre outros<sup>56</sup>.

Tudo isto é matéria afeta à *aplicação* dos princípios, que tangenciará o processo de ponderação quando da análise da proporcionalidade em sentido estrito, em virtude da – quase inevitável – colisão entre diversos enunciados normativos encartados em uma constituição compromissória.

No Brasil, alguns ensaios foram traduzidos na *Crítica à Ponderação*, obra coordenada por Ronaldo Porto Macedo Júnior e José Reinaldo de Lima Lopes, organizada por Ricardo Campos. Nela, se reúnem diversas objeções formuladas não só ao mecanismo de balanceamento, mas à própria teoria dos princípios<sup>57</sup>. Karl-Heinz Ladeur e Ricardo Campos, por exemplo, acusam Alexy de ter construído um “espantalho conceitual” por meio da incorporação de distinções, deturpações e imprecisões presentes em autores que fundaram escolas e influenciaram grande parte do pensamento jurídico alemão no pós-guerra, como Karl Larenz e Franz Wieacker.

Para eles, a obra de Alexy é conduzida por um condão a-histórico, partindo dela um conceito de direito revestido de um trabalho lógico-formal cego. Remetendo a Koselleck, afirmam que “a facticidade das ponderações e sua aceitação conferem uma legitimação metodológica como ‘método’, embora elas confirmem apenas contornos muito vagos a uma formação de experiência dogmática possibilitada meramente por estruturas<sup>58</sup>”, e sua imprecisão e vagueza “colabora para que as verdadeiras tensões dentro dos sistemas jurídicos na América Latina se tornem turvas, quando se espera transparência<sup>59</sup>” – e o mesmo valeria em relação à disseminação da prática da ponderação na União Europeia.

Alexy, embora tenha traçado os contornos iniciais da fórmula do sopesamento no posfácio de seu *Teoria dos Direitos Fundamentais*, enfrenta algumas críticas e

---

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*, p. 304.

<sup>57</sup> Cf. POSCHER, Ralf. Teoria de um Fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord). CAMPOS, Ricardo (Org). **Crítica da Ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63-93.

<sup>58</sup> LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre Teorias e Espantalhos – Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord). CAMPOS, Ricardo (Org). **Crítica da Ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121.

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*, p. 122.

aprofunda o tema no artigo *On Balancing and Subsumption – A Structural Comparison* (em tradução livre, “Sobre o Balanceamento e a Subsunção – Uma comparação estrutural”), publicado em 2003. Neste, ele apresenta a fórmula do peso completa, representada por  $W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_i \cdot W_i \cdot R_i}$ , onde  $W_{i,j}$  é o resultado do balanceamento entre os princípios  $i$  e  $j$ ,  $I_i$  é o grau de interferência que a medida  $M$  causa em  $P_i$ ,  $I_j$ , o grau de interferência que a omissão da medida  $M$  causa em  $P_j$ ;  $W_i$ , o peso abstrato de  $P_i$ ;  $W_j$ , o peso abstrato de  $P_j$ ;  $R_i$ , as evidências sobre a interferência em  $P_i$  e, finalmente,  $R_j$ , as evidências sobre a interferência em  $P_j$ . As grandezas de interferência utilizadas constituem um modelo triádico, sendo representadas pelos graus  $l$  (leve),  $m$  (moderado) e  $s$  (sério).

Naturalmente, este novo posicionamento engendrou réplicas e novos enfrentamentos, sobretudo pelas dificuldades de reduzir a complexidade de um processo marcadamente argumentativo nas fórmulas delineadas pelo autor, bem como pela ambiguidade dos critérios avaliativos.

Em reação à percepção de que Alexy estaria limitando a ponderação a critérios “matemáticos”, Virgílio Afonso da Silva, seu estudioso de maior renome no Brasil, propôs-se a defender a postura do mestre, esclarecendo que as fórmulas foram meios de ilustrar o escalonamento de graus de restrição a um direito fundamental (pequeno, médio ou grande) com o grau de realização do direito que com ele colide (também pequeno médio ou grande). Segundo Virgílio, “não se pode imaginar – como às vezes se faz – que são as fórmulas que conferem objetividade à argumentação<sup>60</sup>”: a utilidade delas é apenas ilustrar o escalonamento básico (restrição/satisfação pequena, média ou grande), que seria o passo inicial para uma maior objetividade.

É justamente este ponto que Virgílio Afonso da Silva identifica ser o cerne da maior crítica dirigida à ponderação: a suposta falta de objetividade, culminando em subjetividade e irracionalidade do procedimento em razão da *axiologização dos direitos fundamentais*.

Segundo ele, as críticas advêm de três principais autores: Friedrich Müller, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Jürgen Habermas. Em síntese, Müller atribuiria ao

---

<sup>60</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e objetividade na interpretação constitucional**. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação**. Racionalidade e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 371.

sopesamento nada mais do que a expressão de “pré-compreensões mal explicadas daquele que decide e de suas ligações afetivas com o caso concreto<sup>61</sup>”, assemelhando-se à crítica de Sundfeld ao creditar o uso da ponderação a uma certa “preguiça interpretativa”.

Por sua vez, Böckenförde tem o método como uma saída fácil a obter qualquer resposta desejada, afirmando que, “com o sopesamento como forma primordial de aplicação dos direitos fundamentais, a constituição deixa de ser uma constituição normativa e vinculante, sendo rebaixada a mero material de sopesamento do juiz<sup>62</sup>”.

Já Habermas expressa preocupação com a perda do caráter deontológico dos direitos fundamentais, figurando de forma mais acentuada no viés axiológico e teleológico. Considera que, “além de irracional, [a ponderação] implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam seu caráter vinculante<sup>63</sup>”.

Embora os três autores resumam as principais críticas dirigidas à máxima, Virgílio elenca, ainda, a oposição de autores como Hain, Jestaedt, Poscher, Ladeur, Fischer-Lescano e Christensen (alguns com artigos traduzidos na mencionada *Crítica da Ponderação*). Determinado a saná-las, o aluno de Alexy tem como ponto de partida o que chama de “objetividade possível” – afinal, não haveria qualquer racionalidade ou objetividade apta a excluir, por completo, a subjetividade na interpretação e aplicação do direito.

O ônus, portanto, não seria de *prova* (demonstração, exceto em questões fáticas), e sim de *argumentação*. De fato, considerar a objetividade como resposta inequívoca ou única solução correta seria retroceder ao essencialismo suplantado desde a virada linguístico-pragmática promovida, sobretudo, pelo segundo Wittgenstein, e tão incorporada na visão pragmática que informa o presente trabalho. No Direito, semelhante visão estaria mais próxima da vertente propugnada por Pontes de Miranda, mesmo com os avanços lhe colocados por Marcos Bernardes de Mello em sua *Teoria do Fato Jurídico*.

A constatação do caráter não-essencialista da linguagem e da verdade não basta, contudo, ao desiderato pretendido: o estabelecimento de parâmetros ao processo de ponderação. Em razão disto, Virgílio Afonso da Silva desdobra a ideia de objetividade em duas variáveis: o controle intersubjetivo e a previsibilidade da decisão, no que já se

---

<sup>61</sup> *Idem, idibem*, p. 364.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*, p. 365.

<sup>63</sup> *Idem, ibidem*, p. 365.

aproxima da própria teoria da argumentação alexyana e, portanto, da análise do discurso prático (e por isto ressaltamos, em linhas pretéritas, a imbricação entre forma e conteúdo).

O autor propõe a análise de ambas as variáveis a partir de três aspectos: um metodológico, um teórico e um institucional. No primeiro, reitera a visão de Alexy quanto à necessidade de relações de preferências fundamentadas, escalonadas e condicionadas (como o alemão procurou demonstrar em suas fórmulas), em detrimento de uma mera relação de preferência simples (“prefiro isto a aquilo”).

No aspecto teórico, Virgílio advoga pela explicitação de pontos de partida teóricos na argumentação jurídica, sobretudo ao se considerar que métodos são vazios de conteúdo e precisam ser preenchidos substancialmente. A ocultação, obscuridade ou desonestidade na exposição da teoria dos direitos fundamentais utilizada para sustentar a interpretação vertida pelo aplicador seria problemática, pois não haverá critérios para aferir por que o sopesamento realizado pelo julgador levou àquele resultado específico.

Ao final, entendemos que é o suporte teórico eleito pelo aplicador que irá determinar, em larga medida, o enquadramento de determinada ação como inserida no “núcleo essencial” de determinado direito fundamental ou se meramente figurante em sua zona periférica. É precisamente aqui a área fértil para os estudos valorativos ou ideológicos.

Virgílio ilustra bem esta questão trazendo à lume o caso Ellwanger, em que o Supremo Tribunal Federal se desviou de sua costumeira proteção *prima facie* à liberdade de expressão. Diz o autor:

Se se parte, por exemplo, do pressuposto de que, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão tem, ao menos *prima facie*, uma fundamentalidade maior do que outros direitos, e se essa premissa teórica é fundamentada de forma consistente – o que é perfeitamente possível – há aí um bom começo para um sopesamento e para justificar a decisão no sentido de que alguém pode publicar o que quiser, não importa o conteúdo. Se, como era o caso dos livros escritos ou publicados por Ellwanger, a ideia era, entre outras, negar o holocausto, poder-se-ia concluir que não se deve proibir essa possibilidade, porque é a própria liberdade de expressão e o livre fluxo da comunicação (e não um tribunal) que devem, eventualmente, mostrar que o autor do livro está errado. A partir dessa premissa teórica, quanto mais livre for o fluxo da comunicação, melhor. De acordo com ela, não é necessário um Estado paternalista que defina o que pode e o que não pode ser dito. Essa é uma premissa teórica que se ocupa com o valor dos direitos fundamentais (em especial com o valor da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa). É

uma premissa teórica que se ocupa com um eventual grau de paternalismo associado aos direitos fundamentais, ao direito em geral e ao próprio Estado<sup>64</sup>.

A proposta formulada por Virgílio Afonso da Silva, em nosso ver, tem uma repercussão positiva para além das razões expostas pelo próprio jurista: é que a fixação dos pontos de partida, como pressuposto à comensurabilidade do discurso, é adequada a aferir a compatibilidade entre o suporte teórico adotado pelo intérprete e a ordem jurídica vigente, permitindo a formação de espaços de consenso e de interpretações conformes a Constituição.

Por derradeiro, o terceiro aspecto trazido é o *institucional*, ligado de forma mais candente ao imperativo da previsibilidade. Manifestado fundamentalmente no *respeito a precedentes* e no *controle social*, reduziriam o espaço subjetivo do aplicador do direito no exercício da ponderação. Quanto mais reiteradas as decisões em um certo sentido, maior o ônus argumentativo em desviar-se dele<sup>65</sup>; quanto maior a transparência e publicidade das decisões de um determinado tribunal, menores as possibilidades de decisões *ad hoc*, motivo pelo qual a imprensa e a academia desempenham um papel importante na manutenção da integridade e coerência das decisões.

Também dedicada a aprimorar o mecanismo de sopesamento, Ana Paula de Barcellos defendeu uma tese sobre o tema. Nela, também enfrenta outras correntes alternativas à ponderação, como a teoria dos limites imanes, o conceptualismo e a hierarquização, entendendo, contudo, que “as opções à ponderação apresentadas pela doutrina não pareçam oferecer qualquer alternativa consistente para a solução de conflitos normativos envolvendo valores e opções políticas<sup>66</sup>”, embora devam ser consideradas as questões suscitadas por estas linhas divergentes.

Destaca-se que, em um sentido amplo, alguma ponderação está envolvida em todas as decisões judiciais – em verdade, em todas as condutas adotadas por um indivíduo minimamente racional. O primeiro esforço, portanto, para bem analisar a ponderação, seria de cunho conceitual: é necessário definir o que se entende pela “ponderação” que ora debatemos. Buscando evitar a imprecisão semântica, diz a autora, logo de início:

Toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação. O indivíduo avalia as vantagens e desvantagens de casar ou permanecer solteiro, de adquirir uma casa ou um apartamento, e, em função

<sup>64</sup> *Idem, ibidem*, p. 374.

<sup>65</sup> É por isto que se felizmente têm se tornado mais comuns o estudo, no Brasil, de instrumentos típicos da *common law*: o *distinguishing* e o *overruling*.

<sup>66</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 72.

das conclusões a que chega, toma suas decisões. Na esfera pública e, em particular quando se cuida do exercício do poder político, dá-se fenômeno similar. O raciocínio ponderativo, compreendido nesse sentido amplo, será o principal instrumento lógico de trabalho do Legislativo. Cabe aos parlamentos, acima de tudo, avaliar vantagens e desvantagens, “*prós e contras*”, e decidir qual é a melhor disciplina aplicável às diferentes matérias que lhes cabe regular. O Executivo, embora vinculado às escolhas do legislador na maior parte do tempo, também fará uso da ponderação nos seus espaços de competência própria e no âmbito de sua atuação discricionária. E o Judiciário ocupa-se exatamente de ponderar, compreendida a ponderação no sentido descrito acima, as provas produzidas (para definir quais fatos ocorreram) e as razões apresentadas pelas partes (para decidir a disposição aplicável ao caso e suas consequências). Não é dessa espécie de ponderação, todavia, que se pretende tratar neste estudo, e sim de fenômeno muito mais específico<sup>67</sup>.

Por ponderação, por entanto, não se estaria referindo à avaliação de argumentos, razões ou do acervo probatório produzido pelas partes, e sim à análise dos enunciados normativos válidos e em vigor, muitas vezes de estatura constitucional<sup>68</sup>. Aqui, a autora remete à distinção já difundida entre enunciado normativo e norma, aderindo à visão de que esta última será resultado da interpretação construída pelo aplicador do Direito<sup>69</sup>.

Para ela, a ponderação é um recurso alternativo à subsunção “quando não for possível reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior”, o que ocorre quando há “diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias<sup>70</sup>”. Em síntese, seria o método de solucionar conflitos em que haja a tensão entre valores ou opções políticas, não superáveis por meio dos métodos hermenêuticos tradicionais.

Feita esta distinção, Barcellos busca proceder a uma ordenação metodológica do processo de ponderação jurídica, trazendo um guia de etapas para sua aplicação dividido entre três momentos – os quais, ressalte-se, não seriam estanques ou incomunicáveis –, orientados por dois parâmetros gerais.

Em um primeiro momento, o aplicador reuniria os parâmetros estritamente jurídicos para orientar suas escolhas, identificando os enunciados normativos pertinentes ao caso e aparentemente em tensão, seja qual for sua estrutura (regra ou princípio). Nesta etapa, não cabe o enfrentamento dos interesses eventualmente deduzidos, mas os enunciados normativos no quais o interesse encontrou respaldo lógico. Assim, interesses,

---

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 01-02.

<sup>68</sup> *Idem, idibem*, p. 03.

<sup>69</sup> Sobre o assunto, merece leitura o Capítulo I da obra de Gabriel Ivo (IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006).

<sup>70</sup> *Idem, ibidem*, p. 32.

bens e valores só poderão ser analisados nesta fase se puderem ser descritos juridicamente e encontrem suporte em algum elemento (interno) do sistema.

Em uma segunda etapa, caberia examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, uma operação que se dissecar em pelo menos duas partes: 1) o destaque dos fatos relevantes, quando o intérprete deverá selecionar, dentre todas as circunstâncias de fato que caracterizam a hipótese, aquelas dotadas de relevância e 2) a repercussão de tais fatos relevantes sobre os enunciados normativos, tendo em vista que os fatos podem atribuir um peso maior ou menor aos elementos normativos identificados na primeira fase.

Após analisados os elementos normativos (1ª fase) e fáticos (2ª fase) pertinentes, alcança-se a terceira e última etapa: a decisão. Neste momento, dever-se-á examinar conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as distintas normas que podem ser construídas, com vistas a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa<sup>71</sup>.

Todo este processo, entretanto, seria orientado por diretrizes gerais capazes de orientar a atividade do intérprete no momento decisório. Valendo-se de um postulado típico das teorias da argumentação, Barcellos defende que o intérprete precisa observar a *pretensão de universalidade*, significando a) o emprego de uma argumentação universal, i.e, aceitável dentro da sociedade e do sistema jurídico e b) a possibilidade de ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis. A ideia não é nova, e pode ser encontrada na teoria da argumentação tanto de Alexy<sup>72</sup> quanto de MacCormick<sup>73</sup>, remontando, ainda, ao “auditório universal” de Perelman<sup>74</sup>.

Outra diretriz seria a *busca da concordância prática*, tida pela autora como o objetivo final do processo de ponderação – a harmonização recíproca dos enunciados em questão, de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese. Conforme vimos, a ideia de concordância prática deve muito à figura de Konrad Hesse.

A última diretriz seria a *construção do núcleo essencial dos direitos fundamentais*, rechaçando-se conformações, intervenções ou restrições que afrontem o

---

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p. 123.

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>73</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. <sup>74</sup> PERELMAN, Chaïm; OLDBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A Nova Retórica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 34-39.

elemento essencial do direito, esvaziando seu sentido. O núcleo, portanto, funcionaria como um “limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado<sup>75</sup>”. Sobre o tema, cabe frisar que há um embate entre as teorias que defendem a existência de um “núcleo duro” em embate com aquelas que sustentam um “núcleo relativo”. Por desviar do tópico principal de nossa abordagem atual, passaremos ao largo de tal discussão.

Para além das etapas e das diretrizes ao intérprete, Ana Paula de Barcellos ainda sugere que a ponderação seja orientada por dois parâmetros gerais: 1) em uma situação de sopesamento, regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre princípios; e 2) normas que atribuem ou promovem diretamente direitos fundamentais dos indivíduos devem ter preferência sobre as que com ela eventualmente se choquem e se liguem à realização destes direitos apenas de forma indireta. Os parâmetros gerais, naturalmente, se aplicariam sem prejuízo de “parâmetros específicos”, identificados mediante as peculiaridades do caso concreto.

Em sua obra, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco também adaptam roteiros de com base no modelo desenvolvido por Pieroth/Schlink, os quais guiarão o exame constitucionalidade de uma lei restritiva de direito e de uma medida concreta do Poder Executivo ou do Poder Judiciário<sup>76</sup>. São elas:

#### Apêndice I

##### Exame da constitucionalidade da lei restritiva de direito

Quadro adaptado com base no modelo desenvolvido por Pieroth/Schlink – (*Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 79-80).

I – A conduta regulada pela lei está contemplada no âmbito de proteção de determinado direito fundamental?

II – A disciplina contida na lei configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?

III – Essa intervenção justifica-se do prisma constitucional?

1. Observaram-se, na elaboração da lei, as normas básicas sobre a competência legislativa e sobre o processo legislativo?

2.

a) nos direitos individuais submetidos a restrição legal qualificada: a lei satisfaz os requisitos especiais previstos na Constituição?

<sup>75</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 141.

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225-226.

b) nos direitos submetidos a restrição legal simples: a lei afeta outros direitos individuais ou valores constitucionais?

c) nos direitos individuais não submetidos a restrição legal expressa: identifica-se conflito ou colisão de direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e outro valor constitucional que possa legitimar o estabelecimento de restrição?

3. A restrição atende ao princípio da “reserva do parlamento”?

4. A restrição atende ao princípio da proporcionalidade?

4.1. A restrição é adequada?

4.2. A restrição é necessária? Existiriam meios menos gravosos?

4.3. A restrição é proporcional em sentido estrito?

5. O núcleo essencial do direito fundamental foi preservado?

6. A lei é suficientemente genérica ou afigura-se aplicável apenas a determinado caso (lei casuística)?

7. A lei restritiva é suficientemente clara e determinada, permitindo que o eventual atingido identifique a situação jurídica e as consequências que dela decorrem?

8. A lei satisfaz outras normas de direito constitucional, inclusive aquelas relativas aos direitos fundamentais de terceiros?

## Apêndice II

### Teste de constitucionalidade de uma medida concreta do Poder Executivo ou do Poder Judiciário

Quadro adaptado com base no modelo desenvolvido por Pieroth/Schlink – (*Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 80).

I – A conduta afetada pela medida enquadra-se no âmbito de proteção de algum direito fundamental?

II – A medida configura uma intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental?

III – A medida pode ser justificada com base na Constituição?

1. Existe um fundamento legal para a medida compatível com a Constituição?

2. A medida, ela própria, é constitucional?

a) Ela aplica a lei em conformidade com a Constituição?

b) Ela é proporcional?

c) Ela se revela clara e determinada para o atingido?

É de se notar que, em ambos os casos, é explícito o recurso ao princípio da proporcionalidade, o qual, segundo esta perspectiva, deverá estar presente na maioria das análises de controle de constitucionalidade. Neste sentido, enfatizando as medidas interventivas que possuem aptidão para, de alguma maneira, interferir negativamente na esfera jurídica do indivíduo, coloca-se o próprio Gilmar Mendes:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada

(reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade<sup>77</sup>.

Conforme se demonstrou, são crescentes e respeitáveis os esforços para a parametrização do sopesamento. Ainda assim, se a máxima da ponderação tem caráter metodológico, ausente de conteúdo, sua organização metodológica não será de todo suficiente a uma resposta eficaz às críticas apontadas por seus detratores. No exercício da atividade de sopesamento, o intérprete necessariamente se deparará, no mínimo, com enunciados normativos, questões fáticas e consequências – os quais se confundem entre forma e conteúdo assim como, no processo civil, muitas vezes se confundem preliminares e mérito.

Deste modo, a ideia de plena separação entre método ponderativo e conteúdo normativo, apesar de útil para orientar o caminho do aplicador (ou mesmo para fins didáticos), não nos parece tão dada assim. Há, de certa forma, uma imbricação entre a forma e o conteúdo, por haver um ponto de contato entre *o que se pode ponderar e como fazê-lo*.

É por esta razão que o próprio Alexy desenvolveu duas teorias complementares: conforme vimos, uma de cunho formal-estrutural (tratando da subsunção e de sua metodologia, por meio da fixação de parâmetros para o peso dos princípios colidentes) e outra relacionada com o conteúdo (em que lança mão de uma teoria da argumentação a fim de estabelecer critérios para a racionalidade da decisão judicial).

### **1.3 A ponderação positivada no Novo Código de Processo Civil e a visão do Superior Tribunal de Justiça**

Fazendo jus à popularidade da teoria alexyana no Brasil, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) positivou a utilização da ponderação em seu art. 489, §2º, o qual prevê, abstratamente, a utilização da ponderação no caso de “colisão entre normas”:

---

<sup>77</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, p. 475.

Art. 489. [Omissis]

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Tendo recorrido acerca das tentativas doutrinárias de ordenação metodológica do processo de ponderação, cabe, por fim, perscrutar o enfrentamento da matéria pela jurisprudência que, a despeito de empregar a ponderação costumeiramente, apenas após a vigência do Novo CPC, iniciada em 18 de março de 2016, passou a aplicar a norma prevista no supracitado artigo. É recente, pois, o referido comando legal, de modo que inexistente sedimentado entendimento a seu respeito nos Tribunais Superiores.

No Recurso Especial nº 1.765.579/SP, em decisão tomada na sessão de 05/02/2019, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou, pela primeira vez, uma alegação de nulidade por violação do parágrafo 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015. O caso levado ao Tribunal Superior decorreu da irresignação da Sociedade Beneficente Muçulmana, autora de ação contra o Google fundamentada em suposta ofensa à liturgia religiosa islâmica em virtude do vídeo do *funk* “Passinho do Romano”<sup>78</sup>, publicado no *YouTube*, em que são declamados, ao fundo, trechos do Alcorão.

Segundo alegou a autora da demanda, os criadores da canção teriam mixado a declamação de trechos ao Alcorão, livro sagrado para os muçulmanos, ao ritmo da música, o que seria ofensivo à religião e seus fiéis, já que as palavras do livro sagrado somente poderiam ser recitadas em “estado de pureza”, qual seja, dentro do contexto da adoração, da reza e do culto religioso.

Ajuizou, pois, a ação, postulando, diante da responsável pela manutenção do site *YouTube*, a provedora de hospedagem Google, provimento jurisdicional para: (i) obter a remoção dos vídeos por ela identificados na rede e futuras e eventuais postagens de idêntico conteúdo, informações sobre os responsáveis pelas postagens, sob pena de responder a ré por perdas e danos decorrentes do ilícito praticado pelo usuário; (ii) obter

---

<sup>78</sup> Com trechos do Alcorão mixados como pano de fundo, a transcrição livre da letrada música “Passinho do Romano” é esta: “*Eu já tô louco, já to 'crazy', tô ficando 'embrazado'/Lança o Passinho do Romano/Mas não mostra minha cara porque eu sou envergonhado. Faz o pá, faz o pá, faz o Passinho do Romano/Faz o pá, faz o pá, faz o Passinho do Romano/Mas não mostra minha cara porque eu sou envergonhado/Mas aquele que eu tô com vergonha, tô com vergonha/Lança o Passinho do Romano, lança o passinho do Romano. Essa é nova do Dadinho/ Esse Passinho tá pegando/Faz o pá, faz o pá, faz o Passinho do Romano/Faz o pá, faz o pá, faz o Passinho do Romano/Mas aquele que eu tô com vergonha, tô com vergonha.*”

a condenação da ré ao pagamento de danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo, não inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em 2º grau, ponderando a liberdade de expressão e a inviolabilidade das liturgias religiosas, o Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmando sentença de improcedência em 1º grau, concluiu pela rejeição o pedido de indenização e de retirada do vídeo do sítio eletrônico.

Em sua fundamentação, o TJSP consignou que: “[...] a inserção de trecho do Alcorão na música e nos vídeos pode ser conduta rechaçada pela religião islâmica e um desrespeito aos preceitos subjetivos dos muçulmanos, mas não é um desrespeito à liberdade de crença religiosa ou ao sentimento religioso, nem ato que rompe os limites do exercício da liberdade artística. Aliás, como os direitos fundamentais se estendem a todos, a insatisfação da comunidade religiosa pode se manifestar no próprio campo do exercício da liberdade de expressão, sobretudo por meio da crítica, o que é inerente ao jogo democrático de uma sociedade plural. A insatisfação não constituirá razão suficiente, porém, para provocar a tutela jurisdicional do Estado e materializar um mecanismo de censura [...]”.

O Tribunal Estadual reconhece expressamente a ponderação, constando, do voto da Relatora, Desembargadora Viniani Nicolau, que: “Mas, ainda que presentes no teor da canção os temas repudiados pela recorrente, a falta de uma referência clara ou ligação direta com a religião enfraquece a tese de que existe na música uma ofensa. Haveria, para tanto, a necessidade de se demonstrar a existência de um liame claro a revelar a intenção de ridicularizar ou escandalizar a fé alheia, que está ausente de modo evidente na espécie. E indo mais além, mesmo na hipótese de existência de uma crítica direta ou ofensa, ainda haveria a necessidade de um juízo de ponderação entre princípios, com o sopesamento entre a intensidade da restrição à liberdade de crença e a importância da realização do direito à liberdade de expressão que com ela colide. Em outras palavras, eventual ofensa ou crítica deveria ter peso negativo suficiente sobre a inviolabilidade de crença para justificar a adoção da medida de censura. Isso porque a liberdade do agente é a regra; a restrição dessa liberdade, a exceção. Esse “peso negativo suficiente” se configura quando a crítica ou ofensa atinge a condição de constrangimento ou humilhação aos adeptos de uma crença”.

Pela pertinência e relevância ao tema abordado, transcrevemos, na íntegra, a ementas das decisões prolatadas pelo TJSP e, a seguir, pelo STJ, em grau recursal:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória intentada pela Sociedade Beneficente Muçulmana em face de Google Brasil Internet Ltda., empresa provedora de hospedagem, com a finalidade de obter provimento judicial de remoção de conteúdo ofensivo, identificação dos responsáveis e indenização por danos morais. Alegação de que diversos vídeos, relacionados a uma canção popular de 'funk' denominada 'Passinho do Romano', veiculados na rede social 'YouTube', apresentam trechos de rezas do Alcorão, ou seja, utilização indevida de passagens do livro sagrado, o que seria ofensivo para a religião islâmica. Sentença de improcedência. Recurso da autora. Tempestividade do recurso reconhecida. Inexistência de nulidade da sentença. Não acolhimento do inconformismo. Canção destinada a mero entretenimento, que não faz qualquer menção, positiva ou negativa, ao Alcorão. Ausência de conteúdo discriminatório ou revelador de ódio. Ausência da intenção de ridicularizar ou escandalizar simpatizantes e seguidores da fé alheia. Mero uso de trechos declamados, como trilha sonora de fundo, não constitui, sob o enfoque constitucional, ofensa à liberdade de crença da comunidade islâmica ou ao seu sentimento religioso, apta a justificar a remoção de conteúdo ou a indenização por danos morais. Ausente violação de direito fundamental, inexistente justificativa para o pedido de fornecimento de registros, uma vez que o Marco Civil da Internet somente permite a restrição da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, quando presentes fundados indícios da ocorrência de ilícito, a teor do art. 22, inciso I, da Lei nº 12.965/2014. E se não há ilícito, falta à pretensão indenizatória requisito essencial à configuração do dano moral pleiteado, seja qual for sua natureza ou sujeito passivo. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO<sup>79</sup>.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTERNET. RETIRADA DE CONTEÚDO. YOUTUBE. VIDEOCLÍPE MUSICAL. CONFLITO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. INVIOABILIDADE RELIGIOSA. ART. 1.022 DO CPC/2015. FUNDAMENTAÇÃO. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA. ART. 489, §§ 1º E 2º, DO CPC/2015. TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. MÉRITO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA Nº 7/STJ. SÚMULA Nº 284/STF.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a aferir se houve omissão no acórdão recorrido e se foram observados os critérios previstos no art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 no que diz respeito à fundamentação de decisão judicial baseada na ponderação de princípios constitucionais.
3. No caso concreto, a recorrente ajuizou ação indenizatória objetivando a remoção de vídeos do YouTube sob a alegação de possuírem conteúdo ofensivo à liturgia da religião islâmica em virtude da utilização indevida de trechos do Alcorão, remixados em música do gênero funk. A demanda foi julgada improcedente em primeiro e segundo graus, tendo sido a decisão fundamentada na ausência de ilicitude, a partir da ponderação entre a liberdade de expressão e a inviolabilidade das liturgias religiosas.
4. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 se o Tribunal de origem examina de forma clara, precisa e completa as questões relevantes do processo e os argumentos capazes de infirmar a sua conclusão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.

---

<sup>79</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. - **APL: 10242712820158260100 SP 1024271-28.2015.8.26.0100**, Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 05/04/2016, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/04/2016.

5. Na hipótese, o acórdão recorrido efetivamente analisou a tese autoral, inclusive o argumento de que a mera utilização de trechos do Alcorão violaria a proteção da crença religiosa, apenas não no sentido pretendido pela parte.
6. O art. 489 do CPC/2015 dispõe que constituem elementos essenciais da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo e elenca parâmetros para aferir se uma decisão judicial - seja ela interlocutória, sentença ou acórdão - ostenta motivação jurídica racional e apropriada para o caso concreto analisado, correspondendo à entrega de uma prestação jurisdicional efetiva, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.
7. O § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem implicar a revogação de outros critérios de resolução de antinomias, tais como os expostos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que permanecem aplicáveis.
8. Apenas se configura nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador.
9. O exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite.
10. A pretensão de rever o mérito da ponderação aplicada pelo Tribunal de origem não se confunde com a alegação de nulidade por ofensa ao art. 489, § 2º, do CPC/2015.
11. No âmbito de recurso especial, o reexame do mérito da ponderação efetuada pressupõe que se trate de matéria infraconstitucional e que constem das razões recursais as normas conflitantes e as teses que demonstram a suposta violação/negativa de vigência da legislação federal.
12. Tratando-se da ponderação entre normas ou princípios eminentemente constitucionais, não cabe a esta Corte Superior apreciar a correção do entendimento firmado no acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.
13. No caso concreto, o recurso especial está fundamentado apenas na alegação de violação dos arts. 1.022 e 489, §§ 1º e § 2º do CPC/2015, sendo manifestamente incabível a reforma do acórdão recorrido no mérito, seja por incidência das Súmulas nºs 7/STJ e 284/STF, seja por se tratar de matéria eminentemente constitucional, afeta à competência do STF.
14. Recurso especial parcialmente conhecido apenas quanto ao pedido de decretação da nulidade do acórdão recorrido e, nessa extensão, não provido<sup>80</sup>.

Primeiramente, é necessário observar que o julgado da turma do STJ se limitou, tão somente, a apreciar o pleito pela anulação da decisão por ofensa ao art. 1.022 e 489, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 com supedâneo na alegada deficiência de fundamentação, não tendo incursionado no mérito da ponderação realizada pelo Tribunal *a quo*. A

---

<sup>80</sup> BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1765579 SP 2017/0295361-7**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/02/2019.

insurreição da parte a autora, então recorrente, se fundamentou na (i) a suposta omissão quanto aos motivos para priorizar o direito à liberdade de expressão em detrimento do direito à proteção da liturgia e da crença religiosa, e na (ii) não explicitação dos critérios gerais da ponderação de princípios efetuada, conforme disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015.

O Relator do recurso especial, Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, ressaltou, inclusive, que “o recurso especial não indicou a violação de nenhuma norma de direito material a embasar a pretensão de reforma do acórdão recorrido, limitando-se a discutir a eventual ofensa às supracitadas normas processuais”.

Inobstante, ainda que assim o fizesse a parte recorrente, entendeu o STJ que, por se tratar de ponderação entre princípios de natureza constitucional, não caberia àquela Corte – e sim ao Supremo Tribunal Federal – decidir sobre a correção, ou não, das conclusões extraídas do processo de ponderação pelo acórdão recorrido.

É que, em se tratando de anulação de decisão, o juízo formulado se limita à verificação do chamado *error in procedendo*, isto é, erro no procedimento, um vício de forma que acarreta, unicamente, a anulação dos atos que não possam ser aproveitados. Desta maneira, constatado o vício na atividade judicante, configurada está a infração às normas processuais, acarretando a anulação da decisão recorrida e a determinação para que outra seja proferida na instância de origem.

Na análise acerca da nulidade da decisão *a quo*, o Tribunal, portanto, não se imiscui em análise de mérito ou aprecia a ocorrência de *error in judicando* (erro no julgamento). Foi o que ocorreu no caso em apreço, o que de certa forma prejudica a análise, neste estudo, sobre a aplicação material do novel dispositivo do Código de Processo Civil; contudo, por se tratar da primeira decisão de Tribunal Superior que o enfrentou, não nos seria possível passar ao largo deste importante julgamento. Ademais, ainda que de forma tangencial, o STJ sinalizou alguns critérios para o manejo da ponderação, ao menos no que se refere aos aspectos processuais.

Assim, em capítulo da decisão nominado “Da motivação das decisões judiciais e da técnica de ponderação no CPC/2015”, o Relator reconhece as críticas doutrinárias dirigidas ao dispositivo que positivou a “ponderação de normas”, citando que Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que a ponderação ali prevista deveria se restringir a normas relacionadas a direitos fundamentais e princípios

constitucionais, e não qualquer norma. Foi este, também, o cerne das críticas contundentes formuladas por Lênio Streck ao dispositivo legal quando, segundo o próprio, “em uma das colunas mais duras que já fez”, implorou pelo veto do parágrafo (“Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!<sup>81</sup>”).

Afastando esta visão, o Relator cita Freddie Didier e sua referência a Humberto Ávila para consignar ser possível a ponderação, também, entre regras, “na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso<sup>82</sup>”.

A tese da inconstitucionalidade da norma, defendida por Georges Abboud e Júlio César Rossi, ao argumento de que “a ponderação de regras - genuíno caso brasileiro - limita-se a uma decisão subjetiva do aplicador na medida em que escolheria de forma *ad hoc*, diante de um caso (ou de uma tese, como querem os vanguardistas), o qual das regras seria afastada em face desse sopesamento<sup>83</sup>”, também é rechaçada.

Para o STJ, “pode-se entender o § 2º do art. 489 do CPC/2015 como uma diretriz que exige do juiz que justifique a técnica utilizada para superar o conflito normativo, não o dispensando do dever de fundamentação, mas, antes, reforçando as demais disposições correlatas do Novo Código, tais como as dos arts. 10, 11, 489, § 1º, e 927. Sempre caberá às instâncias recursais competentes aferirem, em cada caso, se a técnica da ponderação foi bem aplicada e, conseqüentemente, se a decisão judicial possui fundamentação válida”.

Ao final, o Relator propôs a fixação de 05 (cinco) entendimentos a respeito do tema, nos seguintes termos:

a) o § 2º do art. 489 do CPC/2015 estabelece balizas para a aplicação da técnica da ponderação visando a assegurar a racionalidade e a controlabilidade da decisão judicial, sem revogar outros critérios de resolução de antinomias, tais como os apresentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

---

<sup>81</sup> STRECK, Luis Lênio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! In: **Conjur – Consultor Jurídico**. 08 de janeiro de 2015. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta](http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta)> Acesso em: 02 de abril de 2019.

<sup>82</sup> Uma referência extraída de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69.

<sup>83</sup> ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio Cesar. Riscos da Ponderação à brasileira. In: **Revista de Processo**. Vol. 269. Ano 42. São Paulo: RT, julho 2017, p. 135.

b) apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador;

c) o exame da validade/nulidade da decisão que aplicar a técnica da ponderação deve considerar o disposto nos arts. 282 e 489, § 3º, do CPC/2015, segundo os quais a decisão judicial constitui um todo unitário a ser interpretado a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, não se pronunciando a nulidade quando não houver prejuízo à parte que alega ou quando o mérito puder ser decidido a favor da parte a quem aproveite;

d) em recurso especial, a pretensão de revisão do mérito da ponderação efetuada pelo Tribunal de origem pressupõe que se trate de matéria infraconstitucional, além da indicação, nas razões recursais, das normas conflitantes e das teses que embasam a sustentada violação/negativa de vigência da legislação federal;

e) tratando-se de decisão fundamentada eminentemente na ponderação entre normas ou princípios constitucionais, não cabe ao STJ apreciar a correção do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de tais parâmetros indicarem um início de ordenação no trato da ponderação inserida no contexto do art. 489, §2º, do Código de Processo Civil, como o reconhecimento da importância dos métodos tradicionais de resolução de antinomias (objeto do item “a”), a maioria deles se resume a diretrizes processuais ou eco jurisdicional de normas postas no ordenamento jurídico (a teor do item “c”, que reitera o disposto no art. 283 do CPC<sup>84</sup>, e do item “e”, que confirma a competência constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, como “guardião da Constituição”, para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância,

---

<sup>84</sup> Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta, nos termos do art. 102, III, “a”<sup>85</sup>). Ainda assim, nos parece desejável a iniciativa jurisprudencial para, uniformizando entendimentos, conferir maior segurança jurídica no uso das ferramentas ponderativas.

## 2 PONDERAÇÃO, RACIONALIDADE E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

### 2.1 A tensão entre objetividade científica e fundamento moral no Direito: o caminho do pragmatismo

Tendo analisado as nuances da ponderação, com suas críticas e tentativas de aprimoramento, é o momento de analisar, conforme sobredito, a proposta fundamental deste artigo: verificar as (im)possibilidades da Análise Econômica do Direito para subsidiar o processo de ponderação, realçando-lhe nos aspectos da objetividade, impessoalidade e previsibilidade.

Privilegiando o empirismo, o movimento conhecido como *Law and Economics* ou “Análise Econômica do Direito” pode auxiliar o intérprete no desiderato de ponderar princípios, uma vez que se propõe a avaliar, sem o mero recurso à retórica ou ao ônus argumentativo, o grau de interferência das medidas em questão, evitando que tal juízo se dê de forma meramente especulativa ou, ainda, se subsuma aos interesses e ideologias pessoais do intérprete. Observa Celso Fernandes Campilongo:

Há *teorias jurídicas formais*, no sentido de que invocam regras de dedução supostamente inatacáveis e de que se socorrem insistentemente de princípios de correção fundamental. [...] As demonstrações empíricas dessas teorias formais – sejam elas da “justiça” ou da “eficiência” – exigem menos confiança nos princípios e mais abertura ao provável, ao contingente e à possibilidade de a verificação aprimorar nossa compreensão da realidade. Nesse sentido, *teorias empíricas* nos liberam parcialmente dos princípios e nos aproximam da realidade das construções “jurídicas do direito” e “econômicas da economia”. Essas realidades, muitas vezes, se revelam paradoxais. Paradoxos que podem ser percebidos empiricamente, mas que não se amoldam ao mundo bem-arrumado dos princípios fundamentais<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição; [...]

<sup>86</sup> PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. (Orgs.) **Direito e Economia em dois mundos: Doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p.18.

Nessa busca por se aproximar do tecido social, a Análise Econômica do Direito, pressupõe a resposta dos destinatários da norma a estímulos emanados por ela (e.g., na situação de tributação indutora), considerando a Economia como um instrumento capaz de auxiliar o Direito a prever resultados e identificar comportamentos – inclusive não-mercadológicos – oriundos de sua aplicação. Por firmar suas bases em avaliações empíricas, traz resultados mais objetivamente demonstráveis e, inclusive, contestáveis.

Nesta linha, convém frisar, de início, que tanto o Pragmatismo Jurídico quanto a Análise Econômica do Direito reconhecem não só o caráter não-essencialista da linguagem, mas também os limites tanto da construção do conhecimento, da formação da ideia e, por fim, do processo de comunicação.

Em termos de hermenêutica, afasta-se uma análise estrutural que, embora relevante, a fim de fixar, por exemplo, o meio pelo qual se dará a prestação jurisdicional, é insuficiente, de modo isolado, à análise de seus fins<sup>87</sup>. Do mesmo modo, também não se filia a uma abordagem essencialista, que não se compatibiliza com os postulados pragmáticos de empirismo, relativismo epistemológico, antidogmatismo e experimentalismo.

Em razão disto, trata-se de linhas refratárias a quaisquer pretensões universalistas ou com ênfase em apriorismos: a própria “racionalidade” tão buscada pelas Teorias da Argumentação, embora se proponha a substituir a noção essencialista de verdade, ainda preserva critérios de uma razão prática considerados inócuos pelas linhas pragmatistas – afinal, a construção do sentido se dá no discurso, do mesmo modo que uma “racionalidade” só pode ser aferida no caso concreto, e não por meio do emprego de roteiros, regras, guias ou fórmulas pré-estabelecidas.

Disto isso, é de se observar que o enfrentamento da questão da “discricionariedade<sup>88</sup>” na decisão judicial se coloca como crucial não só pela natureza

---

<sup>87</sup> Remetendo a Norberto Bobbio, Celso de Barros Correia Neto pontua: “A perspectiva de estrutura e a de função não concorrem, antes se complementam. A análise estrutural vê o direito como sistema, a partir do ângulo interno ao jurídico, ao passo que o ponto de vista funcional preocupa-se com as funções atribuídas às diferentes normas jurídicas em relação a seus respectivos destinatários – permite ver o direito “de dentro para fora”, isto é, a maneira como interage e orienta o comportamento dos destinatários legais”. (CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Avesso do Tributo**. 2ª Ed. São Paulo: Almedina, 2016, p.33).

<sup>88</sup> Neste ponto, é relevante ressaltar a observação de Andreas Joachim Krell, para quem “parece ser coerente a posição kelseniana de equiparação funcional das atividades de aplicação das leis e criação do Direito por parte da Administração e da Justiça. A principal diferença entre a decisão judicial e a administrativa está na sujeição desta a uma maior intensidade de revisão por outros órgãos estatais, enquanto a sentença do juiz somente pode ser controlada de acordo com o sistema dos recursos processuais. O grau de variação da vinculação e a liberdade das decisões proferidas por órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário depende,

não-essencialista da linguagem e da interpretação, mas pelos os limites tanto da construção (ou apreensão, se adotada a linha teórica representacionista) do conhecimento, da formação da ideia e, por fim, do processo de comunicação. Neste sentido, convém anotar a observação de João Maurício Adeodato, ao trazer a lume os chamados abismos gnosiológicos:

Pode-se explicar o que aqui se compreende por abismo gnosiológico mediante três problemas que o compõem e que precisam ser transpostos ou ao menos tratados pela teoria do conhecimento: são as incompatibilidades recíprocas entre: a) evento real; b) idéia (ou “conceito”, “pensamento”); e c) expressão lingüística (ou “simbólica”). Essas são as três unidades componentes do conhecimento humano, as quais não podem ser reduzidas uma à outra<sup>89</sup>.

Há, assim, a incognoscibilidade do evento real, único e irrepetível por meio da ideia, constituindo, este, o primeiro abismo. Depois, ainda há a impossibilidade de transmitir-se integralmente tal ideia por meio da expressão simbólica, a qual, de todo modo, representa um reducionismo<sup>90</sup>.

Se, nesta linha, a textura aberta de determinadas normas jurídicas é, portanto, inevitável, e até mesmo desejável, a fim de conferir plasticidade ao ordenamento jurídico, o abuso dos termos abstratos, em geral ligados à argumentação principiológica (pela demasiada generalidade, *a priori*, de termos como “igualdade”, embora também presentes em “regras”, a teor dos conceitos jurídicos indeterminados), direciona o Direito ao sentido oposto, qual seja, o de desprestigiar a segurança jurídica e, em última instância, deslegitimar o próprio Poder Judiciário, o qual flerta, constantemente, com o exercício típico do Legislativo, sobretudo diante da inação deste e das divisões, cada vez mais estreitas, entre os Poderes do Estado, favorecendo uma postura ativista.

São muitos os questionamentos decorrentes de tais considerações (a exemplo da concreção de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário), de forma que a fixação dos contornos e limites da “discrecionarietà” se coloca como necessária, até mesmo, em momento anterior ao debate sobre casos determinados, porquanto associada não só às

---

sobretudo, do conteúdo material da legislação de cada país”. In KRELL, Andreas J. **Discrecionarietà administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33.

<sup>89</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica** 2ª Ed SP: Saraiva, 2006, p.184.

<sup>90</sup> Quanto a isto, Wittgenstein chegou a proclamar, em sua primeira fase: “Os limites da linguagem significam os limites de meu mundo”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3ª Ed. SP: Edusp, 2008, p.245).

referidas críticas, mas a obstáculos colocados, por exemplo, pelo que se considerou como uma “incomensurabilidade<sup>91</sup>” de valores.

Embora possa indicar um âmbito relativamente amplo dentre o qual pode transitar o intérprete, a abertura das normas não deve indicar espaço livre para arbitrariedades, de modo que a “discricionariedade judicial” também é regrada. Frise-se, neste ponto, que, conferindo uso análogo ao termo tradicionalmente afeto ao Direito Administrativo, por “discricionariedade judicial” queremos remeter à margem de liberdade interpretativa/construtiva conferida pela própria lei ao aplicador, valendo-se, por exemplo, de “normas de poder”, conceitos jurídicos indeterminados<sup>92</sup> ou da estruturação normativa em esquemas diferentes do tradicional “se → então”, em que há clara prevalência do modal deôntico (“dever-ser”). Comentando o pensamento de Oliver Holmes, ressalta Richard Posner:

Quando as regras se esgotam ou deixam de funcionar (como frequentemente acontece), os juízes têm discricionariedade para modificá-las, reduzindo-as ou ampliando-as conforme se faça necessário para darem conta do caso em questão. Alternadamente – ainda que venha a dar no mesmo -, uma das regras que compõem o direito é uma regra jurisdicional que autoriza os juízes a exercer sua discricionariedade sempre que houver lacuna ou ambigüidade nas regras substantivas. Segundo esta concepção o juiz é, como afirma Holmes, um legislador intersticial<sup>93</sup>.

Observar, na ótica de Holmes, que as leis são profecias daquilo que os tribunais farão de fato<sup>94</sup>, salienta a necessidade do debate acerca da “discricionariedade”

<sup>91</sup> Também utilizado por Thomas Kuhn para se referir a uma característica dos paradigmas (cf. KUNH, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p.188), a incomensurabilidade é um conceito que trata da impossibilidade de se comparar objetivamente dois objetos. É termo originário da matemática, na qual remonta a grandezas cuja razão não poder ser expressa por um número racional e, conseqüentemente, ao fato de os números racionais serem insuficientes para descrever a realidade.

<sup>92</sup> Embora parte da doutrina alemã, após a vivência do regime nazista, tenha se empenhado em distinguir as noções de conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, afirmando que os primeiros remetiam à interpretação e abririam espaço para uma “atitude individual” do aplicador, tal distinção já não subsiste de forma rígida (KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental - O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais - um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 30-32). De fato, tais conceitos se encontram entrelaçados e, não raras vezes, sua distinção depende, tão-somente, da forma em que se encontra estruturada a norma legal, não havendo claro sentido prático na distinção entre eles.

<sup>93</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30. O autor também comenta as críticas de Holmes e do positivismo jurídico à própria idéia de discricionariedade: “Os juízes empregam sua discricionariedade para alterar regras, e essa discricionariedade não é ‘baseada em princípios’, ainda que possa ser demarcada por eles. Na verdade, falar em ‘empregar discricionariedade’ talvez seja muita pretensão. Os juízes alteram regras, ponto final. Ao fim e ao cabo, o direito é aquilo que os juízes fazem com os casos que lhe caem em mãos” (*idem, ibidem*, p.30).

<sup>94</sup> “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”, em livre tradução: “As profecias do que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são o que quero dizer com a lei”. in HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law** (Obra em domínio público – disponível em [www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br))

reforçando a exigência de fundamentação das decisões judiciais, as quais ocorrem em um processo complexo de conferência de significado tendo como base o texto legal, o qual, por si só, já limita o aplicador, mas não faz do processo decisório um fenômeno autômato, de mera aplicação.

Tem-se, como efeito disto, a existência de normas jurídicas construídas tão-somente pela jurisprudência como, por exemplo, o aval do Supremo Tribunal Federal à união estável homoafetiva<sup>95</sup> e a proibição do financiamento privado de campanha eleitoral<sup>96</sup>, ambas “literalmente” ausentes nos textos legais.

Segundo Benjamin Cardozo, “mesmo dentro das lacunas, juízes e juristas percebem a existência de restrições difíceis de definir e que, por mais impalpáveis que sejam, cerceiam e circunscrevem sua ação<sup>97</sup>”, o que afasta o voluntarismo absoluto e a liberdade irrestrita de interpretação, mas confere relevância à identificação e avaliação criteriosa de tais “restrições”.

Neste contexto, a Análise Econômica do Direito propõe uma visão multidisciplinar do Direito e, associando-o, especialmente, à Economia, da qual incorpora ferramentas para a criação de uma metodologia própria, preocupando-se, sobretudo, com as consequências geradas pelas normas, seja *ex ante*, no plano legislativo, ou *ex post*, em sede de decisão judicial. Ivo Gico Jr. a conceitua como

o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências<sup>98</sup>.

Nesta perspectiva, verifica-se, por exemplo, que, na esfera particular, o indivíduo aparelha sua residência com cercas elétricas para aumentar os custos suportados pelo infrator caso este queira devassá-la, seguindo a lógica de que o delinquente seguirá um juízo de vantagem/desvantagem (custo-benefício) do delito, sendo compreendidas sob a ótica econômica do (des)incentivo as questões pertinentes ao acréscimo patrimonial advindo da execução do crime, à pena abstratamente cominada, à efetividade da persecução penal, à reprovação social, dentre outras.

Da mesma forma podem ser analisados os textos legais, considerando, também a título exemplificativo, que, no processo civil, o sistema recursal serve não

---

<sup>95</sup> BRASIL. **AgReg no RE 477554**. STF. Julgado em 16/08/2011.

<sup>96</sup> BRASIL. **ADI 4.650/DF**. STF. Julgado em 17/09/2015.

<sup>97</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>98</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01.

apenas para garantir o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal encartado no art. 5º, LV, da Constituição Federal<sup>99</sup>, mas também para permitir “que os juízes das instâncias superiores utilizem as informações privadas dos litigantes sobre o cometimento de erros por parte dos juízes das inferiores<sup>100</sup>”, corrigindo uma eventual assimetria de informação a um custo inferior daquele que adviria, hipoteticamente, da revisão automática das decisões judiciais.

Isto não significa, sob nenhuma ótica, abandonar a Teoria do Direito. Em verdade, as teorias servem, sobretudo, como instrumentos de interpretação e arranjo de dados, fornecendo o suporte conceitual necessário ao aplicador. A própria Economia, enquanto ciência humana, também impescinde de aporte teórico. Neste sentido, esclarece Jean Tirole:

Como na maioria das disciplinas acadêmicas, a pesquisa em economia requer uma combinação de teoria e evidência empírica. A teoria fornece o quadro conceptual. É também a chave para entender os dados. Sem uma teoria - isto é, sem um sistema de interpretação - os dados não são mais do que algumas observações interessantes, não implicando conclusões para a política econômica. Por outro lado, uma teoria é enriquecida por evidências empíricas que podem invalidar suas hipóteses ou conclusões e, portanto, podem melhorar ou anulá-la<sup>101</sup>.

A proposta da Análise Econômica do Direito, desta forma, é ir além da mera elucubração teórica e associar elementos empíricos ao Direito, razão pela qual também pode fornecer parâmetros à resolução de problemas pertinentes à aplicação de princípios, sobretudo em face da dificuldade de se avaliar a preponderância de um deles em determinado caso.

Assim, com base no arcabouço teórico fornecido pela Análise Econômica do Direito, seria possível decidir pela precedência de um princípio sobre o outro não através

---

<sup>99</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

<sup>100</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5ª ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 450.

<sup>101</sup> As with most academic disciplines, research in economics requires a combination of theory and empirical evidence. Theory provides the conceptual framework. It is also the key to understanding the data. Without a theory – that is, without a system of interpretation – data is no more than some interesting observations, implying no conclusions for economic policy. Conversely, a theory is enriched by empirical evidence that may invalidate its hypotheses or conclusions, and thus can improve or overturn it. (TIROLE, Jean. **Economics For The Common Good**. Translated by Steven Rendall. New Jersey: Princeton University Press, 2017, e-book, position 80)

de análises que considerem seus pesos abstratos<sup>102</sup>, mas que enfatizem as repercussões geradas pela decisão judicial, considerando a juridicidade da análise consequencialista regrada por métodos objetivamente demonstráveis.

Tal preocupação toma relevo quando os limites do processo não se restringem, apenas, às partes que dele participam, mas se estendem a toda coletividade, gerando efeitos sobre a economia e interferindo na expectativa da sociedade quanto ao posicionamento do Judiciário diante de determinada questão.

A preocupação trazida pela Análise Econômica do Direito é relevante e atual, mormente quando se afigura uma extensa margem interpretativa (discricionariedade judicial) e se tem em vista, de um lado, limitações orçamentárias e, de outro, concretização de direitos fundamentais – isto para citar apenas as implicações da decisão de um litígio em que figurem entes públicos. Oliver Wendell Holmes Jr., tido como “pai” do pragmatismo jurídico, já antecipava esta preocupação em seu *The Path of the Law* (“O caminho do Direito”):

Estou ansioso por uma época em que o papel desempenhado pela história na explicação do dogma deve ser muito pequena, e em vez de pesquisas engenhosas vamos gastar nossa energia em um estudo dos fins a serem alcançados e as razões para desejá-los. Como um passo em direção a esse ideal, parece-me que todo advogado deve buscar uma compreensão da economia. O divórcio presente entre as escolas de economia política e direito parece-me uma evidência de quanto progresso no estudo filosófico ainda precisa ser feito. No estado atual da economia política, de fato, chegamos novamente na história em uma escala maior, mas não somos chamados a considerar e pesar os fins da legislação, os meios de atingi-los, e os custos. Aprendemos que para tudo temos que desistir de algo mais, e nós somos ensinados para definir a vantagem que ganhamos contra a outra vantagem que perdemos, e saber o que estamos fazendo quando os elegemos<sup>103</sup>.

Se Análise Econômica é dotada de um ferramental teórico apto a considerar as consequências econômicas e sociais geradas pelo ato decisório, subsidiando a

<sup>102</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011 e ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption – A Structural Comparison**. Ratio Juris 16, no. 4 (Dec. 2003).

<sup>103</sup> in HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law** (Obra em domínio público – disponível em [www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br)) Tradução livre do original: “I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made. In the present state of political economy, indeed, we come again upon history on a larger scale, but there we are called on to consider and weigh the ends of legislation, the means of attaining them, and the cost. We learn that for everything we have we give up something else, and we are taught to set the advantage we gain against the other advantage we lose, and to know what we are doing when we elect”.

aplicação da lei mediante critérios mais objetivos, isto não significa que estão prejudicados os métodos tradicionais de interpretação: em verdade, o raciocínio ponderativo, conforme vimos, tem seu âmbito de aplicabilidade, assim como a argumentação baseada em consequências.

Contudo, a constatação de que a ponderação está presente no conflito entre princípios, associada ao fato de que estes albergam valores heterogêneos, nos autoriza a concluir que compará-los em importância exige a eleição de um critério capaz de efetuar uma “mensuração” à luz do caso concreto, restando afastada a precedência absoluta de um princípio sobre outro.

Se os princípios, isoladamente, já não podem ser considerados absolutos – pois até o direito à vida, no sistema jurídico brasileiro, pode sofrer, excepcionalmente, restrições, admitindo-se até mesmo a pena de morte<sup>104</sup> –, não há como se chegar a outra conclusão considerando a existência destes dentro de todo um plexo normativo.

O argumento universalista de Alexy, portanto, pode esbarrar na incomensurabilidade; todavia, esta não pode obstar a aplicação dos princípios, dado o caráter funcional do Direito e a exigência de decidibilidade. Resta, pois, estabelecer parâmetros a fim de conferir, no caso concreto, a precedência de princípio sobre o outro, suplantando os óbices da incomensurabilidade e incomparabilidade, de modo que o ferramental da Análise Econômica do Direito, subsidiado pelo Pragmatismo Jurídico, pode se revelar bastante útil neste desiderato.

## **2.2 O que é Análise Econômica do Direito? Uma necessária delimitação teórica**

A linha teórica conhecida como Direito e Economia (*Law and Economics*) ou Análise Econômica do Direito (AED) conquistou grande adesão no direito norteamericano, tendo também adquirido espaço em terras brasileiras. A ascensão da corrente, contudo, não foi imune a críticas, tendo sido até mesmo objeto de acaloradas discussões no Supremo Tribunal Federal<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Nos termos do art. 5º, XLVII da Constituição Federal de 1988: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; [...].”

<sup>105</sup> José Vicente Santos de Mendonça e Thiago Cardoso Araújo escreveram sobre o tema no periódico JOTA, com o artigo “O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil”.

O debate se deu no julgamento da ADI nº 5.766, em que incidentalmente se discutiu a aplicabilidade da análise econômica do Direito para o trato da questão, assim como supostas “inclinações ideológicas” da abordagem. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, a AED possuiria “matiz conservadora e de direita”. Para ele, certos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, não poderiam ser interpretados à luz da eficiência e do utilitarismo, como, em sua opinião, defenderia a corrente. Em resposta, o Ministro Luís Roberto Barroso disse que “a aritmética não é nem de esquerda nem de direita”, e que a matemática seria indiferente à ideologia. Segundo Barroso, não se trataria de optar por uma ideologia, mas, sim, de verificar custos individuais e sociais no sistema jurídico e, a partir daí, saber qual comportamento deveria ser incentivado.

Após, a Análise Econômica do Direito esteve novamente em pauta com um novo ator: o Min. Luiz Fux, a quem coube defender a corrente das críticas do Min. Ricardo Lewandowski. Desta vez o embate ocorreu em 14 de março de 2019, no julgamento do 4º Agravo Regimental no Inquérito 4435, em que se discutia se a Justiça Eleitoral seria competente para julgar crimes comuns conexos a crimes eleitorais. Para Lewandowski, a vertente submeteria os direitos a conveniências econômicas, que seriam sempre momentâneas.

Se as críticas são esperadas e, sobretudo, desejáveis, a fim de testar a solidez das propostas formuladas por esta linha de conhecimento, bem como para oportunizar-lhe a correção de eventuais falhas, faz-se necessário, como primeira medida, entender a proposta trazida pela Análise Econômica do Direito.

José Vicente Santos de Mendonça e Thiago Cardoso Araújo, discorrendo sobre a discussão engendrada na Suprema Corte brasileira, entenderem serem três os principais problemas que interferem na percepção da AED no Brasil: (i) a visão da disciplina ainda é muito arraigada àquela propagada pela Escola de Chicago; (ii) existem problemas de tradução dos termos econômicos recepcionados pelo Direito, o que gera uma compreensão equivocada, por parte do jurista, sobre o que seria a Economia e sobre

como funcionaria o seu diálogo com o ordenamento jurídico; e (iii) o sentimento messiânico, advindo de uma visão na qual a AED é a solução de todos os males<sup>106</sup>.

Buscando uma maior precisão conceitual, *The Future of Law and Economics* (“O Futuro do Direito e Economia”, 2016, ainda sem tradução brasileira), último livro publicado por Guido Calabresi, um dos pioneiros no estudo desta abordagem, propõe a distinção entre os termos “Direito e Economia” (*Law and Economics*) e “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*), geralmente empregados de forma indistinta, inclusive neste trabalho.

“O que chamo de Análise Econômica do Direito” – diz Calabresi – “é o uso da teoria econômica para analisar o mundo jurídico<sup>107</sup>”. Para ele, a “Análise Econômica do Direito” estaria próxima da visão de Bentham quanto este testou as leis e os comportamentos à luz do utilitarismo, descartando-os se aqueles não se enquadrassem neste, por serem “*nonsense* sobre palafitas”. Literalmente, Calabresi afirma que a “Análise Econômica do Direito”:

examina esse mundo [o mundo jurídico] do ponto de vista da teoria econômica e, como resultado desse exame, confirma, lança dúvidas e freqüentemente busca a reforma da realidade jurídica. Com efeito, ele age como um lugar de Arquimedes para se colocar e sobre o qual se coloca uma alavanca, uma alavanca que permite que o estudioso, quando apropriado, defenda mudanças na realidade legal. Em seu modo mais agressivo e reformista, tendo olhado o mundo do ponto de vista da teoria econômica, se acha que o mundo jurídico não se encaixa, ele proclama que o mundo é “irracional”<sup>108</sup>.

Salientando a importância de ambas, Calabresi diz, por outro lado, que o “Direito e Economia” começaria com uma aceitação agnóstica do mundo como ele é, como o jurista descreve ser. Depois, analisaria se a teoria econômica pode explicar esse mundo e, se não puder, em vez de descartar automaticamente esse mundo como irracional, faria duas perguntas: “A primeira é ‘os estudiosos do Direito estão descrevendo a realidade

<sup>106</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil. *JOTA*. 01/06/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jardim-das-veredas-que-se-bifurcam-e-a-analise-economica-do-direito-no-brasil-01062018>. Acesso em: 15 set 2018.

<sup>107</sup> CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics*. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 02.

<sup>108</sup> Tradução livre de “it examines that world from the standpoint of economic theory and, as a result of that examination, confirms, casts doubt upon, and often seeks reform of legal reality. In effect, it acts as an Archimedean place to stand and upon which to place a lever, a lever that permits the scholar, when appropriate, to argue for change in thar legal reality. In its most aggressive and reformist mode, having looked at the world from the standpoint of economic theory, if it finds that the legal world does not fit it, it proclaims that world to be ‘irracional’”. In: CALABRESI, Guido. *The Future of Law and Economics*. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 03.

jurídica olhando para o mundo como ele realmente é’? ‘Ou há algo em seu modo de ver o mundo que os levou a descaracterizar essa realidade’?<sup>109</sup>”

Colocada a distinção nestes termos, se acentua o papel do jurista no *Direito e Economia*, que enfoca o Direito e as instituições legais como ponto central – e “é também porque a parte dos juristas nessa relação bilateral é desempenhada por juristas de todo tipo de persuasão ideológica<sup>110</sup>”.

Ao ressaltar a neutralidade ideológica desta linha de pensamento, Calabresi já respondia uma das críticas do Ministro Ricardo Lewandowski. Se já tínhamos dificuldades em conceituar o perfil ideológico da Escola de Chicago (conforme vimos, o suporte econômico da vertente mais difundida da L&E) em “esquerda” ou “direita” – afinal, a eleição de espectros desta natureza nos parece imprópria para rotular uma corrente de pensamento científico -, a inapropriedade desta crítica se afigura de forma ainda mais patente ao constatarmos o crescimento da Análise Econômica do Direito com supedâneo em outras vertentes do pensamento econômico, a exemplo da Escola Austríaca<sup>111</sup>, para além das já tradicionais Escola de Chicago e Nova Economia Institucional.

Demais disso, a separação formulada por Calabresi remete à já tradicional secção entre a Análise Econômica do Direito positiva e normativa, sendo a primeira referente à ao método da escola como forma de mensuração das repercussões da decisão judicial e, portanto, de caráter descritivo (com foco no *ser*), e a segunda ligada à utilização da maximização de riqueza como um fundamento para uma teoria da Justiça, tendo um viés mais prescritivo (com ênfase no *dever-ser*) e, por isto, recebendo maiores críticas.

Já se explicita o fato de que este método de estudar o Direito não é unívoco; próprio Calabresi se reconhece como diferente de Richard Posner, e considera bem sintetizada a distinção entre a sua abordagem e a de Posner pelo fato de que Posner teria usado a teoria econômica para criticar e corrigir o Direito, enquanto ele mesmo, embora também tivesse feito isto, também teria usado o Direito para sugerir mudanças e

---

<sup>109</sup> Tradução livre de: “it then looks to whether economic theory can explain that world, that reality. And if it cannot, rather than automatically dismissing that world as irrational, it asks two questions. The first is, are the legal scholars who are describing the legal reality looking at the world as it really is? Or is there something in their way of seeing the world that has led them to mischaracterize that reality? In: CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 03.

<sup>110</sup> *Idem, ibidem*, p. 21.

<sup>111</sup> Cf. LEESON, Peter. An Austrian Approach to Law and Economics, with special reference to superstition. **The Review of Austrian Economics** (2012) 25: 185. <https://doi.org/10.1007/s11138-012-0179-3>.

alterações na teoria econômica. Esta seria, segundo ele, a suscinta diferença entre as correntes da Análise Econômica do Direito e do Direito e Economia<sup>112</sup>.

A ênfase na vertente compreendida como Direito e Economia se explicaria porque, segundo Calabresi, “se alguém está falando sobre reformar a sociedade e suas regras hoje, deve geralmente iniciar com a lei e as relações de dominação legal<sup>113</sup>”, entendendo não ser meramente accidental o fato de que Bentham foi, mais do que qualquer outra coisa, um prestigioso reformador legal, assim como Roscoe Pound. Calabresi faz questão de frisar que estes relevantes autores de linha reformista “não viam a Economia como a única (ou talvez até a principal) balança arquimedeanas sobre a qual colocar a mudança no mundo legal<sup>114</sup>”.

Com efeito, a distinção trazida por Calabresi é deveras didática, simples e prática, sendo útil para apontar a maior ou menor ênfase de algumas correntes no elemento estritamente econômico. Todavia, o autor talvez se exponha ao risco de excessiva redução ao simplificar, desta maneira, o pensamento de Richard Posner, um autor marcado por diversas mudanças em sua forma de pensar.

Ao reduzir a Análise Econômica do Direito, de certa forma, apenas ao uso da teoria econômica como forma de alteração do Direito, Calabresi ignora as nuances deste pensamento ao longo de seu recente desenvolvimento, de modo que sua distinção se afigura como coerente, tão somente, quando se tem em vista o “primeiro Posner” – isto é, aquele que, no seminal “A Economia da Justiça” (1983), defendeu a maximização de riqueza como critério de justiça, associando-se fortemente ao já mencionado viés normativo da AED, conforme se verá adiante neste trabalho.

Por força de tantas nuances, os termos “Análise Econômica do Direito” e “Direito e Economia” são largamente utilizados de forma indistinta, sendo, contudo, dotada de alguma utilidade a diferenciação proposta por Calabresi, especialmente para apresentar as diversas linhas de pesquisa inseridas na matéria, bem como para suplantar o mito de que tal análise endossaria uma “submissão” do Direito à Economia.

Parte da Academia tem sido refratária à utilização do ferramental econômico por diversas razões, conforme salientamos, e o temor por um suposto fim da autonomia

---

<sup>112</sup> *Idem, ibidem*, p. 17.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, p. 17.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*, p. 18.

científica do Direito não se sustenta diante de uma análise mais detida acerca dos postulados da linha teórica do Direito e Economia, que pressupõem uma junção de esforços entre ambos os campos do conhecimento.

Apesar disto, a interdisciplinariedade no Direito não pode se dar como ponto de chegada, e sim de partida – queremos dizer, com isto, que analisar o Direito em cotejo com outras disciplinas não pode ser um fim em si mesmo.

Assim, sem prejuízo da utilização dos demais métodos hermenêuticos, a Análise Econômica do Direito é uma das lentes pelas quais se olhar para o Direito, enfatizando, no caso, as consequências, implicações e incentivos provocados pela norma jurídica geral ou concreta. O Direito impescinde da realidade, pois é ela quem informará elementos essenciais à formação do convencimento do julgador. Atento a esta circunstância, Konrad Hesse diz ser essencial a consideração do cenário concreto para a manutenção da própria força normativa da Constituição:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebotoptiraler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição<sup>115</sup>.

Se o intérprete constrói uma norma jurídica objetivando regular a realidade, não pode se olvidar que, a um só tempo, a norma também é por ela regulada, ao passo em que a elaboração normativa necessita, não raras vezes, extrair elementos externos à mera legislação para melhor promover o deslinde do caso.

Colocando nestes termos, poder-se-ia apressadamente concluir que o manejo das ferramentas próprias da Análise Econômica do Direito implicaria uma abertura do Direito a elementos extrajurídicos, o que é objeto de desacordo dos críticos mais puristas. Contudo, esta discordância não nos parece relevante por dois principais motivos. O

---

<sup>115</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135-136.

primeiro deles é que a pretensão de completude do sistema jurídico nos parece um desiderato inócuo de blindagem do Direito contra influências externas, o que nem mesmo Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, pretendeu alcançar<sup>116</sup>.

Nesse contexto, o próprio Direito promove sua abertura a elementos notoriamente ausentes de sua estrutura interna, como o clássico permissivo, encartado no art. 4º da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), para que o juiz decida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito em caso de omissão legislativa.

O segundo ponto é que, atualmente, uma análise de cunho consequencialista – bastante próxima daquela sobre a qual ora nos debruçamos - transbordou a mera proposição doutrinária e jurisprudencial para ser objeto de positivação, sobretudo com o advento das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a já mencionada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), sobre a qual discorreremos adiante.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito figura como um método de avaliação das consequências, não se confundindo com o utilitarismo, que se insere dentre as propostas teóricas morais e, para Tim Mulgan, seria hoje composto por consequencialismo (a moralidade promove valor) *mais* uma teoria do bem-estar (o valor é o bem humano agregado)<sup>117</sup>.

Embora não se identifique com o utilitarismo, alguns pressupostos adotados pela Análise Econômica do Direito também são objeto de discussão, do que se depreende que seu âmbito de atuação, embora abrangente, não se demonstra irrestrito. Isto porque se, para o Direito, a abordagem estritamente analítica se revelou insuficiente, posto que desprovida de uma ética valorativa<sup>118</sup>, Posner, em um momento inicial – mais

---

<sup>116</sup> A superação do equivocado crédito desta ideia a Kelsen pode ser superado desde a leitura das primeiras linhas de sua *Magnum Opus*: “Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01-02).

<sup>117</sup> Apesar de haver outras vertentes utilitaristas e esta conclusão nem sempre ter sido verdade. (Cf. MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 203.

<sup>118</sup> Neste sentido, João Maurício Adeodato sustenta que “na postura descritiva ou efetivamente analítica, porém, há um claro problema ético, que é justamente a intenção de abster-se, na medida do possível, de quaisquer juízos de valor. Essa questão está presente em todas as ciências humanas, mas no direito, que trabalha justamente com prescrições (normas), torna-se crucial. O fato de se concentrar sobre um objeto normativo, porém, não faz o estudo do direito tornar-se necessariamente normativo. A dificultar o problema

precisamente, em sua obra “A Economia da Justiça” (1983) -, tenta superar tal carência propondo a maximização de riqueza como um conceito ético.

Sendo assim, conforme expõe Bruno Salama, “as instituições jurídicopolíticas (inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas) deveriam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. O Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve(ria) promover a maximização da riqueza<sup>119</sup>”, utilizando os instrumentos oriundos da Economia para realizar uma análise normativa, a qual se encontra imbuída de juízos de valor.

Entretanto, posteriormente, Posner mitiga essa abordagem radical, adotando uma postura mais voltada para o pragmatismo. Em seu “Fronteiras da Teoria do Direito” (2001), o autor chega a dedicar um item para explicitar “a teoria econômica normativa do direito: do utilitarismo ao pragmatismo<sup>120</sup>”, e continua defendendo tal posição em suas obras subsequentes. Para ele,

[...] o pragmatismo jurídico não pode se resumir à abordagem econômica. O caráter libertário dessa abordagem torna inapropriada sua aplicação a esferas nas quais os valores redistributivistas gozem de uma unanimidade política e moral. Além disso, por funcionar bem apenas quando há uma concordância ao menos razoável quanto aos fins almejados, essa abordagem não pode ser usada para responder à questão de se, por exemplo, o aborto pode ser restringido; muito embora possa nos dizer algo, talvez muito, sobre a eficácia e as conseqüências de eventuais restrições.<sup>121</sup>

Desta forma, ao identificar uma situação concreta e avaliar as possíveis conseqüências, através de uma atividade prognóstica amparada no arcabouço teórico fornecido pelo Direito e Economia, o aplicador realiza uma análise positiva, limitada à verificação do que “é”. Exemplo disto seria, por exemplo, a apresentação de dados em um estudo indicando se, por exemplo, a legalização do aborto levaria a uma diminuição na realização de tal procedimento ou à redução no número de óbitos das mulheres a ele submetidas.

Entretanto, se, neste mesmo estudo, o autor emitisse um juízo de valor, posicionando-se pela legalização do aborto e apontando-a como forma idônea a reduzir

---

aparece a íntima relação entre direito, moral e política. O assunto é complexo, e sua discussão mais detalhada não cabe aqui”. in ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª Ed São Paulo: Saraiva, 2006, p.70-71.

<sup>119</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia**. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/salama-artigo.pdf>. Acesso em: 03.ago 2018.

<sup>120</sup> POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 97-163.

<sup>121</sup> POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.427.

as consequências deletérias geradas pela realização de interrupções ilegais de gestação no Brasil, estar-se-ia diante de uma proposição normativa, encontrando, na consequência, o valor jurídico e moral determinante para a formulação legislativa.

Tal diferenciação remonta à ideia da “Guilhotina de Hume”, para a qual não é possível deduzir um enunciado prescritivo (dever-ser) apenas de uma proposição meramente factual (o que é), havendo uma distinção evidente entre o mundo fático (positivo) e valorativo (normativo). Segundo Hume,

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes<sup>122</sup>.

Apesar da abordagem estanque destas duas perspectivas seja infrutífera e remeta ao método analítico, a referida diferenciação se faz útil para compreender as possibilidades de aplicação da Análise Econômica do Direito, sendo elucidativa a observação de Ivo Gico Jr. ao afirmar que

Independentemente da questão clássica acerca da possibilidade de uma ciência ser ou não neutra, que não deve ser esquecida, parece-me relativamente simples perceber que, quando comparado com o grau de miscigenação entre fato e valor que ocorre no direito, a aplicação da Guilhotina de Hume, ainda que em termos pragmáticos, se não epistemológicos, representa um grande ganho em clareza de comunicação e estabelecimento de pontos de vista (mesmo se divergentes)<sup>123</sup>.

Além disso, as análises normativa e positiva se encontram ao se considerar, na linha da corrente do Direito, Economia e Organizações, que as instituições e organizações (como, por exemplo, o próprio Poder Judiciário) são importantes à análise econômica, uma vez que podem interferir no próprio mercado e aumentar os custos de transação. Nesse sentido, Decio Zylberstajn e Rachel Sztajn observam:

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou

<sup>122</sup> HUME, David. **Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2009, p. 509.

<sup>123</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15-16. Neste artigo, de Ivo Gico Jr., também pode se conferir uma elucidativa explicação a respeito da Guilhotina de Hume e sua aplicação nesta matéria.

imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo direito ao comportamento dos agentes econômicos<sup>124</sup>.

Conforme o notado por Posner, John Stuart Mill, por exemplo, teria fundido as duas abordagens (isto é, a instrumental ou econômica e a moral) em seu “Sobre a Liberdade” (*On Liberty*), no qual argumenta ser essencial a liberdade de pensamento e de expressão não só para produção de ideias verdadeiras e úteis, mas também para permitir o desenvolvimento, pelo indivíduo, de seu potencial – o que seria um fim em si mesmo. Para Posner, isto indica uma possível desnecessidade de se fazer esta estrita diferenciação. Em seus termos:

Essa fusão sugere que talvez não haja muita diferença prática entre as duas abordagens. No entanto, a abordagem instrumental (pragmática e econômica) contorna as questões morais e ideológicas controversas e permite uma análise proveitosa da liberdade de expressão, seja qual for o objetivo estabelecido para essa análise (proveitosa porque é muito mais fácil raciocinar sobre os meios relativos a um fim determinado, do que sobre os fins em si mesmos)<sup>125</sup>.

Feita esta breve comparação, e pontuada a existência de uma zona cinzenta, percebe-se que, inicialmente, Posner acatava, sem ressalvas, à dimensão normativa da Análise Econômica do Direito, tendo, nas obras subsequentes, deflacionado seu âmbito de atuação em face das questões políticas e morais, mas sem deixar de reconhecer sua importância para o Direito. Tal postura se deu em decorrência de severas críticas enfrentadas pela corrente, formuladas por teóricos como Ronald M. Dworkin, os quais questionavam a maximização de riqueza como fundamento da Justiça.

De fato, a maximização do “valor” riqueza como fundamento para uma teoria da Justiça e o pressuposto da “racionalidade econômica” do agente autointeressado (*homo oeconomicus*) ensejam questionamentos no âmbito da Ética, sobretudo em se tratando da Análise Econômica do Direito em sua faceta normativa. O primeiro aspecto – maximização da riqueza como fundamento normativo – foi objeto de emblemática crítica de Ronald Dworkin, o qual, em 1980, criticou duramente as proposições da “primeira fase” de Posner no artigo intitulado “*Is Wealth a Value?*” (É a Riqueza um Valor?), considerando “sem sentido” tal critério para embasar uma teoria normativa de Justiça. Argumenta Dworkin:

I did not argue that maximizing social wealth is only one among a number of plausible social goals, or is a mean, unattractive, or unpopular social goal. I argued that it makes no sense as a social goal, even as one among others. It is

<sup>124</sup> ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 03.

<sup>125</sup> POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 48-49.

preposterous to suppose that social wealth is a component of social value, and implausible that social wealth is strongly instrumental towards a social goal because it promotes utility or some other component of social value better than would a weak instrumental theory<sup>126</sup>.

Não obstante a controvertida proposta da maximização da riqueza e do efficientismo econômico presente nos primeiros trabalhos de Richard Posner, o pressuposto da escolha racional, erroneamente identificado como maximização do autointeresse, também é questionado por autores como Amartya Sen, que aponta, na economia moderna, “a aversão às análises normativas profundas e o desacaso pela influência das considerações éticas sobre a caracterização do comportamento humano real<sup>127</sup>”. O economista indiano questiona:

Por que deveria ser *unicamente* racional empenhar-se pelo autointeresse excluindo todo o resto? Evidentemente, pode não ser de todo absurdo afirmar que a maximização do autointeresse não é irracional, pelo menos não necessariamente, mas asseverar que tudo o que não for maximização do autointeresse tem de ser irracional parece absolutamente insólito. A visão da racionalidade como autointeresse implica, *inter alia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação ‘relacionada à ética<sup>128</sup>’.

Igualar a noção de racionalidade à maximização do autointeresse é, de fato, uma tradição econômica potencialmente equivocada; entretanto, pode eventualmente servir como um dos parâmetros para se avaliar uma pluralidade de interesses, sobretudo diante da visão da norma como indutora de comportamentos, o que necessariamente demanda preocupação com as consequências.

Quanto a este ponto, Amartya Sen concorda que “a ética pode ganhar com raciocínios do tipo comumente usados em economia<sup>129</sup>”, frisado que, embora considere um “descaso” considerar os direitos “como entidades puramente legais com uso instrumental, sem nenhum valor intrínseco, [...] uma formulação adequada de direitos e liberdade pode fazer bom uso do raciocínio consequencial do tipo tradicionalmente encontrado em economia<sup>130</sup>”.

---

<sup>126</sup> Em tradução livre: “Eu não argumentei que a maximização da riqueza social é apenas um entre uma série de metas sociais plausíveis, ou é um objetivo social mesquinho, pouco atraente ou impopular. Argumentei que não faz sentido como um objetivo social, ainda que entre outros. É absurdo supor que a riqueza social é um componente do valor social, e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que o faria uma teoria instrumental fraca. DWORKIN, Ronald. “Is Wealth a Value?” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, **Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives**. (Mar, 1980), p. 220.

<sup>127</sup> SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p.23.

<sup>128</sup> *Idem, ibidem*, p. 31.

<sup>129</sup> *Idem, ibidem*, p. 26.

<sup>130</sup> *Idem, ibidem*, p. 87.

No entanto, o mérito da maximização da riqueza como fundamento para uma teoria da Justiça e a proposição de variáveis para a Análise Econômica sobeja o tema deste trabalho, não sendo sequer, atualmente, ponto de unanimidade entre os próprios defensores da corrente.

Consideramos, contudo, imperiosa a transmissão de uma mensagem clara: ao mesmo tempo em que nem todo consequencialismo é utilitarista, nem toda análise de consequências é Análise Econômica do Direito. Em verdade, um dos grandes desafios da corrente é justamente procurar desmistificar a visão comum de que o argumento baseado em consequências seria, *per se*, aplicação da AED. Por esta razão, salientamos, outrora, que ver as alterações promovidas na LINDB como um reflexo direto para a Análise Econômica do Direito não seria de todo equivocado; todavia, sem dúvidas seria demasiado apressado.

Cabe aos teóricos da AED publicizarem as ferramentas sugeridas pelo uso do método que, a despeito dos inegáveis avanços no Brasil, tradicionalmente sofre rejeição nos países regidos pelo *civil law* por dez possíveis fatores elencados por Pargendler e Salama que, com extenso suporte bibliográfico, apontam as razões indicadas para esta aparente incompatibilidade: 1) a alegada singularidade da ideologia americana, 2) atitudes divergentes em relação a ciência e prática jurídicas no mundo civil, 3) a falta de habilidades em matemática e economia dos estudantes dos países de *civil law*, 4) as barreiras linguísticas e a inércia, 5) o poder comparativamente maior dos tribunais estadunidenses, 6) os diferentes incentivos dados aos professores de Direito, 7) o grau de protecionismo dos profissionais do Direito, 8) a má interpretação sobre o método comparativo, 9) diferenças culturais e até mesmo 10) a dominação marxista das faculdades econômicas<sup>131</sup>.

Um dos meios para desmistificar a Análise Econômica do Direito é justamente submetê-la, também, a maior rigor metodológico, a fim de que não se legitimem quaisquer conclusões sobre o prognóstico da aplicação de determinada norma jurídica. A título de exemplo, observe-se a natureza do consequencialismo engendrado por Basile Christopoulos:

---

<sup>131</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. In: **São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP - Research Paper Series – Legal Studies - Paper n. 117.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

Isto é, quando o Supremo Tribunal Federal decide uma questão, as pessoas tendem a conformar suas atitudes de acordo com ela. Se fora decidido que um determinado tributo é inconstitucional, as pessoas tendem a não pagar mais tal tributo, mesmo que a decisão não tenha efeito *erga omnes*. Da mesma forma, quando o Poder Judiciário passa a condenar o próprio poder público a fornecer remédios indistintamente, isso pode gerar problemas nas licitações realizadas pelo poder público, isso porque os distribuidores de remédios preferem vender os remédios ao preço que bem quiserem diante de uma decisão judicial que manda adquirir o medicamento em vinte e quatro horas, do que participar de um pregão onde o preço do medicamento poderia se reduzir consideravelmente<sup>132</sup>.

Em primeiro lugar, da declaração de inconstitucionalidade de um tributo, mormente sem efeitos *erga omnes*, não decorre o fato de que “as pessoas tendem a não pagar mais tal tributo”. A uma porque é inverossímil acreditar que o cidadão comum acompanhe decisões prolatadas pelo STF em sede de controle concreto; a duas porque os maiores devedores do Fisco são pessoas jurídicas, cientes do risco do inadimplemento e da submissão a pesadas multas; a três porque o próprio Fisco, reiteradamente, desconsidera precedentes judiciais<sup>133</sup>. Da hipótese descrita, a única repercussão viável seria deduzir um aumento da judicialização da matéria – e isto apenas sob uma ótica de incentivos, sem capacidade de mensuração.

O segundo argumento colocado seria o de que as condenações judiciais para o fornecimento de remédios pelo Poder Público poderiam gerar “problemas nas licitações”, “porque os distribuidores de remédios preferem vender os remédios ao preço que bem quiserem diante de uma decisão judicial que manda adquirir o medicamento em vinte e quatro horas, do que participar de um pregão onde o preço do medicamento poderia se reduzir consideravelmente”. Aqui, parece-nos que retirar, das liminares proferidas pelos juízes, a conclusão de que os fornecedores não mais irão participar de licitações é um salto hermenêutico, no mínimo, ousado.

Ocorre que o mercado de licitações públicas é concorrido e bastante regulado (sobre o tema, por exemplo, cabe ver o Acórdão TCU nº. 1.437/2007 – Plenário) e, mais uma vez, não há evidências empíricas que suportem as “consequências” imaginadas pelo autor. Definitivamente, um consequentialismo calcado meramente no discurso não pode ser confundido com a Análise Econômica do Direito, subsidiada, sempre que possível, pelas ferramentas de avaliação técnica oferecidas pela Economia.

---

<sup>132</sup> CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública** – Estrutura, função e controle judicial. Maceió: Edufal, 2011, p. 152.

<sup>133</sup> A título de exemplo, basta confrontar a Solução de Consulta nº 99.101 da Receita Federal com a jurisprudência do STJ sobre a matéria.

O mesmo se pode dizer da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 407.688-8/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. No mérito da decisão, embora o Tribunal tenha entendido pela penhorabilidade do bem de família do fiador sob o fundamento principal de que não aceitar a penhora do bem de família do fiador romperia o equilíbrio de mercado, desestimulando a realização de contratos de locações e, conseqüentemente, afetando o direito à moradia, tal análise, embora conseqüencialista e, poderia ser contestada à luz da Análise Econômica do Direito, dado que se baseou em mera presunção, não se amparando em qualquer levantamento empírico.

### **3 COLISÃO DE PRINCÍPIOS E PREPONDERÂNCIA: O IMPERATIVO DA DECIDIBILIDADE**

#### **3.1 Imperativos econômicos *de lege lata*: as alterações na LINDB e a suspensão de segurança**

Como uma metodologia relacionada ao estudo e aplicação das normas jurídicas, a Análise Econômica do direito é comumente associada à atividade administrativa ou judicial, com ênfase no processo de tomada de decisões e, conseqüentemente, na hermenêutica jurídica. Assim, a *Law and Economics* tem sido mais estudada em sua formulação *ex post*, ou seja, em um momento posterior ao fato ou litígio, quando a lide concreta está posta e sujeita à apreciação de um órgão julgador.

Contudo, também é possível fazer escolhas e buscar avaliar conseqüências *ex ante* e de cunho mais generalista, o que se dá, no âmbito do Direito, por meio da atividade legislativa. Nas justificativas dos projetos de lei, nos debates parlamentares e nos pareceres das Comissões, é possível encontrar razões diversas, fundamentadas em conseqüências, pelas quais se postula a aprovação de determinada proposição.

Vale dizer, todavia, que a influência do elemento na codificação e na definição de políticas públicas é marcante e, não raras vezes, distorce a proteção de interesses difusos para favorecer interesses concentrados de certos grupos de pressão, razão pela qual, não raras vezes, nos deparamos com legislações flagrantemente ineficientes.

A título de exemplo, citamos a Lei nº 8.070, de 20 de agosto de 2018, do Estado do Rio de Janeiro, que obriga a contratação de um profissional de educação física como

responsável técnico nos condomínios edilícios com espaços de academias. Segundo o Centro de Pesquisa e Análise da Informação do Secovi Rio, tal imposição gerará impacto médio mensal de 16% nas quotas condominiais, considerando uma despesa com o profissional de Educação Física de mais de R\$ 5.000,00 por mês<sup>134</sup>. O mesmo ocorre com subsídios concedidos a determinados setores, evitando a competição internacional a pretexto de proteger a “produção nacional” ou, ainda, privilegiar a “balança comercial positiva”. Tais situações nos fazem lembrar o alerta de Milton Friedman:

Tanto a fragmentação de poder quanto as conflitantes políticas governamentais têm sua raiz nas realidades políticas de um sistema democrático que funciona na base da aprovação de uma legislação detalhada e específica. Um sistema como esse tende a dar um poder político indevido a pequenos grupos cujos interesses são altamente concentrados; a dar um peso maior a efeitos óbvios, diretos e imediatos das ações do governo do que a efeitos provavelmente mais importantes, mas menos óbvios, indiretos e mais retardados; a pôr em curso um processo que sacrifica o interesse geral para servir a interesses especiais em vez do contrário. Há, por assim dizer, uma mão invisível na política que funciona exatamente na direção contrária à da mão invisível de Adam Smith<sup>135</sup>.

Alves e Moreira, discorrendo sobre a corrente da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*), também chamam atenção para uma razão adicional que provoca ineficiências e desperdício na ação de governo: o fato de que o grau de responsabilidade associado às escolhas coletivas dos indivíduos é substancialmente inferior ao associado às escolhas privadas destes. Isto se dá porque, no mercado, as consequências resultantes das escolhas recaem diretamente sobre o indivíduo que as tomou, razão pela qual sua conduta tende a ser mais calculada.

Por sua vez, quanto às escolhas coletivas, inexistem uma correspondência próxima entre ação individual e resultado final, pois ainda que sejam avaliados corretamente os custos e benefícios de uma determinada política pública, o eleitor, por exemplo, nunca poderá estimar a sua participação nesses custos e benefícios de forma tão precisa como consegue fazer relativamente às suas escolhas no mercado<sup>136</sup>.

Outrossim, para além da problemática relativa a interesses políticos, a qual sobeja o objeto deste trabalho, existem, em nosso ordenamento jurídico, imposições legislativas expressas que determinam a observância, pelo aplicador, das consequências

<sup>134</sup> Informação extraída do sítio eletrônico <<https://www.secovirio.com.br/noticias/lei-onera-condominios-com-academias/>>. Acesso em: 20 dez 2018.

<sup>135</sup> FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livres Para Escolher**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 414.

<sup>136</sup> ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. **O que é a Escolha Pública?** Para uma análise económica da política. Cascais: Principia, 2004, p. 61-62.

de seu ato ou decisão – e aqui reside o ponto do presente item –. Duas destas disposições legais merecem destaque: a novel redação da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 13.655, de 2018) e os artigos relativos à chamada “suspensão de segurança”, hoje prevista na Lei nº 8.437/92.

A importância conferida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, às consequências das decisões – prevendo textualmente a possibilidade de suspender a eficácia de uma decisão que se revele temerária – já remonta à antiga lei do mandado de segurança (Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964), que assim dispunha:

Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (vetado) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato.

Na nova Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009 –, o instrumento foi mantido com os seguintes contornos:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. [...]

Por sua vez, a Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, regulamentou a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, também prevendo a suspensão de liminares. Transcrevemos a inteireza da redação do art. 4º da referida lei:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A despeito de sua origem na *intercessio* romana, que se operava por meio de um veto formulado por juiz de direito da mesma ou superior hierarquia, com o objetivo

de suspender a execução de ato prolatado por outro magistrado<sup>137</sup> e, em nosso país, na figura do *mandamus*, atualmente se entende que o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a sentença tem efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo.

Consoante Leonardo José Carneiro da Cunha, sempre que se concede uma “cautela” contra o Poder Público, se admite, em contrapartida, uma *contracautela*. O pedido de suspensão seria, pois, a *contracautela* que se confere à Fazenda Pública. Daí, segundo o autor, se pode dizer que, hoje em dia, há não só a consagrada “suspensão de segurança”, mas a suspensão de liminar, a suspensão de sentença, a suspensão de acórdão, a suspensão de tutela antecipada e assim por diante<sup>138</sup>.

No pedido de segurança, a questão preponderante é a grave lesividade aos bens acima tutelados, o que poderá obstar o cumprimento do comando liminar sem que isto implique, via de regra, qualquer exame do mérito da demanda. É que a decisão no incidente de suspensão não se reveste de caráter revisional, tampouco visa a aquilatar a correção ou equívoco da medida vergastada, mas apenas sua potencialidade de grave lesão ao interesse público<sup>139</sup>.

Apesar disto, do próprio Supremo Tribunal Federal emana entendimento de que a hipótese de flagrante ilegitimidade, prevista no art. 4º da Lei 8.437/92, confere possibilidade à apreciação da juridicidade ou injuridicidade da liminar ou sentença cujo efeito se pretende suspender, admitindo uma mínima deliberação meritória:

EMENTA: [...] I. Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem. [...] penso que, na decisão que examina o pedido de suspensão da liminar, impõe-se um mínimo de deliberação do mérito da segurança. É que, se para a concessão da cautelar, examina-se a relevância do fundamento, O *fumus boni juris*, e o *periculum in mora* (lei 1.533/51, art. 7º, II), na sua suspensão, que constitui contracautela, não pode o Presidente do Tribunal furtar-se a um mínimo de apreciação daqueles requisitos<sup>140</sup>.

Mesmo admitida a mínima incursão de mérito e o caráter jurisdicional do ato, ainda são fortes os contornos políticos e excepcionais da medida, de modo que a

<sup>137</sup> GARCIA, Roseli Aparecida Ferreira Alves. Suspensão de segurança: aspectos relevantes. In: **As novas fronteiras do direito processual**. São Paulo: RCS, 2007, p. 632.

<sup>138</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2006, p. 407.

<sup>139</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 381.

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança 846-AgR**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/5/1996, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18/5/2001.

jurisprudência assenta que o juízo acerca da potencial lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas não pode se dar com supedâneo, tão somente, em uma mera ilação. É necessária a demonstração cabal da violação ou ameaça de vulneração ao interesse público, consoante se extrai do trecho do voto proferido pelo Min. César Asfor Rocha no AgRg na Suspensão de Segurança 2.367/RN (Corte Especial, DJe de 14/09/2010), no qual se denota a imprescindibilidade de comprovação precisa de que a decisão objeto do pedido de suspensão é apta a causar sério transtorno à economia pública:

[...] Esclareço que o simples prejuízo econômico não justifica a concessão da suspensão de liminar, de sentença e de segurança, sendo imprescindível a efetiva comprovação de dano à economia pública, com intensidade suficiente para causar sérios transtornos ao equilíbrio das contas públicas ou ao regular andamento dos serviços da administração [...] <sup>141</sup>.

Doutrinariamente, Carla Fernanda Leão Barcellos Tombini sustenta a particularidade havida quando o pedido tem por fundamento o risco de lesão à economia pública. Para ela, “além de sua demonstração cabal, tal lesão há de ser significativa, a ponto de se constituir em despesa extraordinária, eventual ou imprevista com intensidade que coloque em risco os valores ressaltados na lei <sup>142</sup>”.

Este entendimento é firme e oriundo de duradoura jurisprudência da Suprema Corte brasileira, que reitera, não raras vezes, o juízo vertido pelo Ministro Marco Aurélio nos idos de 1998, na SS nº 1.185/PA, publicada no DJ de 04/08/1998:

Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do writ mandamental ou daquela que defere liminar em sede de mandado de segurança. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional [...]. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do mandado de segurança ou daquela que deferiu a liminar mandamental, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas) <sup>143</sup>.

Apesar disto, buscando evitar o alastramento dos reflexos de decisões temerárias (e incentivar, inclusive, a proliferação do ajuizamento de ações análogas), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a mera possibilidade

---

<sup>141</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Segurança 2.367/RN**, Corte Especial, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJe de 14/09/2010.

<sup>142</sup> TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcellos. **Suspensão de Segurança na visão dos Tribunais Superiores**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26.

<sup>143</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 1.185/PA**, Rel. Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 4/8/1998.

de geração do chamado “efeito multiplicador”, que provoca lesão à economia pública, é fundamento suficiente para deferimento de pedido de suspensão de segurança<sup>144</sup>.

Outro entendimento das Cortes Superiores (desta vez, do Superior Tribunal de Justiça) é de que o juízo acerca de eventual lesividade da medida impugnada no pedido de suspensão de segurança apresenta natureza política, em decorrência do fato de que a análise do pedido não encerra qualquer análise de mérito, não configurando sucedâneo recursal. Tal entendimento foi reiterado na recentíssima decisão:

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO DO ICMS. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E COMERCIAL DE MATO GROSSO. PRODEIC. INDÚSTRIA DE TRANSFORMAÇÃO. ENQUADRAMENTO INDEVIDO. RECEITA DE GRANDE MONTA. REENQUADRAMENTO. RISCO DE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA.

1. O juízo acerca de eventual lesividade da medida impugnada na via da suspensão de segurança é político, razão pela qual a concessão dessa medida, em princípio, é alheia ao mérito da causa originária.
2. O superávit arrecadatório e a existência de previsão orçamentária para concessão de isenção fiscal não afastam, necessariamente, a possibilidade de perda de arrecadação do ente estatal na hipótese de revogação do benefício.
3. Há risco à economia pública quando o benefício fiscal deferido liminarmente envolve valores de grande monta, aptos a impactar negativamente as finanças estatais.
4. Agravos internos desprovidos<sup>145</sup>.

No supracitado caso, o Estado do Mato Grosso pediu a suspensão de liminares deferidas em 04 (quatro) mandados de segurança, por meio das quais o juízo de plano determinou a manutenção de um benefício fiscal relacionado ao PRODEIC – Programa de Desenvolvimento Industrial e Comercial de Mato Grosso, para diversas sociedades empresariais, determinando ao ente público que se abstinhasse de praticar atos tendentes à cobrança do ICMS sem a isenção parcial concedida pelo benefício, sob o fundamento principal de respeito ao direito adquirido.

As sociedades empresárias alegavam que (a) o benefício fiscal somente poderia ser retirado ao fim do prazo avençado; (b) a revogação deveria respeitar o

<sup>144</sup> EMENTA: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Efeito Multiplicador. Lesão à economia pública. Ocorrência. Pedido deferido. Agravo regimental improvido. Precedente. O chamado 'efeito multiplicador', que provoca lesão à economia pública, é fundamento suficiente para deferimento de pedido de suspensão de segurança. (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança 4042 AgR/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2011).

<sup>145</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na SS 2973 MT 2018/0181950-6**, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 03/12/2018.

princípio constitucional da anterioridade; e (c) o poder público teria agido de forma arbitrária ao revogar a isenção.

O Tribunal Superior considerou pertinente, contudo, atentar para os altos valores da demanda, os quais considerou aptos a impactar negativamente as finanças estatais. No caso, a decisão consignou que, segundo levantamento da SEFAZ, deixaria de ser recolhido, com base nas decisões judiciais questionadas (e também com base naquelas cujas suspensões já foram deferidas pelo TJ/MT), o valor aproximado de R\$74 milhões de reais. Assim, concluiu que “as decisões sub judice viabilizaram, em cognição sumária, a não arrecadação de receita de grande monta, que prejudica sobremaneira a manutenção dos serviços que devem ser prestados pelo Poder Público local”.

Desta maneira, é possível perceber que o juízo de impacto econômico, apesar de existente desde a década de 60, é considerado político no manejo da suspensão de segurança, cabível tão somente em casos excepcionais.

Situação diversa ocorre em relação ao Decreto-Lei nº 4.657/1942, que veicula a chamada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” e, como indica a própria nomenclatura, traz disposições gerais aplicáveis a todas as demais normas do Direito brasileiro, salvo quando esta expressamente disponha de modo diverso sobre o tema. Com este desiderato, a LINDB trata de temas como validade e vigência, *vacatio legis*, aplicação da lei no espaço e interpretação jurídica. Por esta razão, se trata de uma norma de “sobredireito”, regulamentando a aplicação das demais.

Tal natureza ficou ainda mais explícita após a edição de Lei nº 12.376/10, que alterou a ementa do Decreto-Lei para ampliar seu campo de aplicação. Outrora chamada de LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, após a referida Lei o Decreto-Lei passou a ser chamado de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, enfatizando sua aplicabilidade tanto no âmbito do direito público quanto privado.

Uma alteração recente, contudo, trouxe distinções sensíveis na LINDB, e reacendeu o debate acerca de uma eventual positivação da Análise Econômica do Direito. É que a Lei nº 13.655/2018 fez inserir na LINDB os arts. 20 a 30 (tendo havido o veto do art. 25), prevendo regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação das normas de direito público. Por meio do referido diploma legislativo, foram alterados quatro artigos da Lei que, dentre outros dispositivos, previu:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A LINDB, conforme vimos, é a norma geral orientadora da interpretação das demais e é equivocado considerar, de plano, que as recentes mudanças legislativas tenham incorporado ao texto legal a própria Análise Econômica do Direito, ou sequer que a ela correspondam. Em verdade, os novéis dispositivos vêm consignar o que seria dado a qualquer magistrado que tenha superado a Escola da Exegese: a necessidade de considerar as consequências práticas de suas decisões.

Pode-se vislumbrar, ainda, que a demanda legislativa por uma análise mais rigorosa do contexto prático seja uma reação ao abuso das argumentações abstratas, de superfície, com emprego indiscriminado de princípios jurídicos. Segundo Rückert, “demandas por leis claras costumam ser, ainda hoje, a primeira reação do povo e da política em relação a vários problemas”. E conclui: “Não por acaso, encontramos hoje asfixiados por uma onda de reação legislativa que dificilmente se deixa dominar e ordenar por princípios<sup>146</sup>”.

Dadas suas peculiaridades, é ínsito aos princípios e às cláusulas gerais algum grau ambiguidade e indeterminação. Em verdade, a escolha por soluções *ex post* pode ser mais vantajosa sob a ótica da própria Análise Econômica, e as próprias partes, em um contrato particular, podem deliberadamente deixar de tratar sobre certos temas em sua esfera de primazia da vontade (*pacta sunt servanda*), deixando a resolução da disputa para um momento posterior.

Tudo isto pode se dar após a devida análise, por exemplo, dos custos da inserção de determinada cláusula no contrato – custo este que pode se revelar proibitivo, quando as partes não possuem a menor base de consenso acerca do ponto em questão. Então, a fim de favorecer a efetivação do negócio jurídico, as partes envolvidas podem calcular os riscos, por exemplo, de um inadimplemento, e da tomada de decisão por um terceiro (árbitro ou juiz).

---

<sup>146</sup> RÜCKERT, Joachim. **Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional**. Tradução de Thiago Reis. São Paulo: Revista Direito GV, V. 14 N. 1, p. 240-267, Jan-Abril 2018, p. 242.

De fato, a figura do contrato está necessariamente atrelada a uma operação econômica que constitua seu substrato. Ainda que ela não seja seu objetivo principal – a exemplo dos contratos médicos e educacionais –, do contrato resulta uma obrigação suscetível de expressão monetária que importe em circulação de riqueza, sendo também conversível em perdas e danos o seu descumprimento. Tratando deste ponto, Aquino Júnior ressalta:

A operação econômica é a essência, o substrato sobre o qual se assenta o contrato, sendo este a formalização jurídica que congrega a regulação de como a operação econômica deverá ser tratada e o direito dos contratos, por fim, espelha o conjunto de regras e princípios que, conformando o negócio jurídico, funcionaliza-o a atingir os interesses colimados pelas partes<sup>147</sup>.

Para além do conteúdo econômico ínsito a tais negócios jurídicos, tem-se que, à luz da análise econômica posneriana, a função mais importante do direito dos contratos não reside no estabelecimento de regras formais para a validade do acordo firmado – o ponto fulcral para garantir o contrato como forma de eleição para a transação de bens é fornecer um remédio legal para a violação seus termos, i.e., garantir às partes menores riscos em caso de inadimplemento.

Para Posner, tal função primordial, além de ter por finalidade “aumentar a utilidade da contratação como método de organização da atividade econômica”, se daria de modo independente da existência de alguma incerteza quanto ao significado dos termos, de modo que “o demandado pode contestar a interpretação dos demandantes do contrato em vez de reconhecer a violação; porém, a menos que haja uma real incerteza sobre o significado, o caso não apresentará nenhuma questão interessante de interpretação<sup>148</sup>”. Ainda assim – frisa –, “significativas questões interpretativas geralmente surgem em litígios contratuais<sup>149</sup>”.

De fato, a interpretação é consequência inexorável da utilização da linguagem humana e, ainda que seu objeto seja claro, taxativo, preciso (a exemplo do que deveriam ser os tipos penais), haverá espaço, ainda que mínimo, para a atividade de investigação ou construção de sentido, descabendo se falar em “*in claris non fit interpretatio*”, mas apenas em “zonas de certeza” e “zonas de penumbra”, conforme vimos.

---

<sup>147</sup> AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. Contratos, regulação do mercado e tutela da pessoa. In: **Civilistica.com**. Ano 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/contratos-regulacao-do-mercado-e-tutela-da-pessoa/>> . Acesso em 18 jan 2018, p. 02.

<sup>148</sup> POSNER, Richard A. The Law and Economics of Contract Interpretation. **Texas Law Review**. Vol. 83, 2004, p. 1582.

<sup>149</sup> *Idem, ibidem*.

Em razão disso, as dificuldades e os riscos da ocorrência de *equivocos* na interpretação também são considerados no custo geral do contrato, cujo cálculo Richard Posner propõe por meio da seguinte fórmula:

$$C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)],$$

Nela,  $x$  é o custo de negociação e elaboração,  $p$  a probabilidade de litígio,  $y$  os custos dos litígios das partes,  $z$  o custo do litígio para o Judiciário, e  $e$  custos de erros judiciais que reduzam o valor privado e social dos contratos como um método de alocação de recursos. O primeiro termo no lado direito da equação,  $x$ , representa a primeira etapa na determinação do significado do contrato: o estágio em que as partes decidem o que o contrato deve dizer. O segundo termo representa a segunda etapa, onde, no caso de uma disputa legal sobre o significado, o assunto é submetido à adjudicação. Os custos incorridos incluem despesas das partes e dos tribunais, além dos custos que resultarão se o tribunal interpretar mal o contrato<sup>150</sup>.

Consoante Robert Cooter e Thomas Ulen, lançando mão da teoria dos jogos, a função do contrato seria “possibilitar que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes<sup>151</sup>”, servindo como um mecanismo para ajudar a pessoas a cooperar. “Fazendo cumprir as promessas, o direito contratual possibilita que as pessoas assumam compromissos dignos de crédito de cooperar umas com as outras<sup>152</sup>”.

Semelhante ideia também é verificável na “fórmula de Wittman”, segundo a qual a finalidade do direito das obrigações contratuais é minimizar os custos de transação associados ao contrato, i.e, o “custo global dos acidentes de percurso no contrato”, tidos por ele como a soma de três custos: o custo de formulação das regras contratuais pelas partes; o das regras contratuais por terceiros, sobretudo a autoridade pública, e o custo dos acidentes de percurso residuais, que poderiam ser evitados, mas precisam ser assumidos<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> *Idem, ibidem*, p. 1583.

<sup>151</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre, Bookman, 2010, p. 211.

<sup>152</sup> *Idem, ibidem*, p. 247.

<sup>153</sup> MACKAAY Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 419.

Desta maneira, a própria Análise Econômica do Direito aponta para a impossibilidade de se determinar previamente toda contingência capaz de afetar os atos jurídicos, dado que tal medida, para além de muitas vezes inexecutável, demandaria custos proibitivos, elevando o custo *ex ante* e impactando o custo global da transação. É por isto que ter um sistema jurídico composto completamente por regras/*rules*, sem princípios ou *standarts*, é não só impossível, mas também economicamente indesejável.

Nesse contexto, Richard Posner vai além da dicotomia tradicional entre regras e princípios para reconhecer, inclusive, que um sistema jurídico composto preponderantemente por regras não será necessariamente mais objetivo. Segundo o autor, “as decisões tomadas de acordo com uma regra não são intrinsecamente mais objetivas do que as decisões tomadas de acordo com um padrão; o que é fundamentado em princípios e o *ad hoc*, no direito, não são tão opostos quanto os termos sugerem<sup>154</sup>”.

Apesar disto, em uma ótica econômica, o autor avalia que a circunstância de a regra suprimir circunstâncias potencialmente relevantes à controvérsia e o “padrão” (princípio) conferir mais discricionariedade a quem examina os fatos, faz com que as regras criem pressão por exceções *ad hoc*, enquanto os princípios poderiam ser vistos como a própria institucionalização desta exceção<sup>155</sup>.

Isto faz com que seja mais difícil prever o resultado de uma disputa jurídica em um sistema em que prepondere as normas-princípio, eis que existem mais variáveis envolvidas e maior probabilidade de existência de litígios, tornando mais difícil o planejamento e condução das questões de seu interesse pelas pessoas. Daí, aumenta-se o custo em um sentido geral, pois “a incerteza é uma fonte de gastos e de ineficácia, e se agrava quando se substituem as regras pelos padrões<sup>156</sup>”. Posner inclusive critica o realismo jurídico (muito confundido com o pragmatismo) dos Estudos Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*) e da teoria feminista do direito por isto: o desprezo pelos benefícios das regras na redução da incerteza, caracterizado pela máxima de William Blake de que “generalizar é ser um idiota. Particularizar é a única distinção de mérito”<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 63.

<sup>155</sup> *Idem, ibidem*, p. 59.

<sup>156</sup> *Idem, ibidem*, p. 59.

<sup>157</sup> *Idem, ibidem*, p. 59-60.

O fato, porém, é de que geralmente as regras economizam informações, e é evidente que um julgamento baseado em princípios demandará maior cognição acerca das circunstâncias fáticas e jurídicas, além dos demais elementos envolvidos na lide, conforme vimos alhures. Há, evidentemente, um custo de assimilação de informações pelos tribunais<sup>158</sup>.

Isto não significa que não possa haver, naturalmente, problemas com a estruturação do julgamento com supedâneo em regras, eis que, também conforme salientamos, é possível que sua hipótese de incidência seja incerta, seu âmbito semântico esteja obnubilado por ambiguidade e incerteza ou que, ainda, emane conceitos jurídicos indeterminados – sem contar daquelas normas carregadas de caráter dúplice ou ambivalente, como a dignidade da pessoa humana.

A reação legislativa em prol da avaliação de consequências, portanto, em nosso ver, não deve ser vista como uma maior “regralização” do ordenamento jurídico, e sim como a tentativa de se parametrizar melhor a aplicação de princípios, evitando abusos e demandando uma maior ordenação metodológica em sua concretização.

Neste sentido, as alterações na LINDB, por exemplo, talvez traduzam uma tendência que de fato já se era vista nos julgados, sobretudo, das Cortes Superiores, como veremos a seguir. Antes, contudo, discorreremos acerca da problemática da decidibilidade, abordando, à luz da Economia, alguns elementos a serem levados em consideração na atividade de decidir.

### **3.2 Direito e decisão: a árdua tarefa de fazer escolhas**

No Brasil, a vedação ao *non liquet* (do latim “não é claro”, por meio do qual o magistrado poderia se furtar a decidir uma demanda, por não estarem suficientemente explícitas as condições para prolação de um veredito), como consectário da inafastabilidade da jurisdição calcada no art. 5º, XXXV, da Constituição, impõe ao juiz o

---

<sup>158</sup> *Idem, ibidem*, p. 60.

juízo da lide posta à sua apreciação, de modo que a sentença de mérito, com pontuais ressalvas na legislação processual civil, é considerada um direito das partes<sup>159</sup>.

Além disso, o art. 140 do Código de Processo Civil também estatui que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, reiterando comando vertido na já mencionada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/42, cujo teor dispõe, em seu art. 4º, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Comentando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, José Afonso da Silva afirma que de tal norma exsurge como garantia a incumbência, ao Poder Judiciário, do monopólio da jurisdição; contudo, em assim sendo, também não poderia este Poder se furtar a solucionar as lides que lhe foram postas, visto que pode ser provocado sempre que a parte se entender lesada ou ameaçada em seu direito<sup>160</sup>.

Apesar disto, é relevante destacar que já há entendimento doutrinário acerca da relativização do *non liquet*, isto é, pela possibilidade de o Judiciário se abster de decidir determinados casos, sempre em situações excepcionais. Nesta linha, compreendendo a inafastabilidade da jurisdição como um princípio, e não como uma regra, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz desenvolveu trabalho acerca do tema, no qual propôs (i) que a inafastabilidade do controle jurisdicional ostenta a característica de princípio jurídico, aplicável de acordo com as condições fáticas e jurídicas subjacentes; e (ii) que a conclusão de que o art. 5º, XXXV, da CRFB vedaria, de forma absoluta, a prática de juízos de *non liquet* não se sustenta à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Para o autor, a intensidade da incidência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional dependeria do grau de jurisdição e variaria verticalmente: o núcleo essencial do princípio ostenta a característica de regra e seria, por essa razão, imponderável, situando-se no primeiro grau de jurisdição, ao passo que seu halo mais

---

<sup>159</sup> É o que expressamente dispõe o Código de Processo Civil em seu art. 4º: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

<sup>160</sup> “A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, (...). A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 431).

externo, o qual é, por sua natureza, ponderável, envolve a competência recursal e se situaria e no âmbito dos Tribunais Superiores. Afirma Koatz:

Em nossa compreensão, a proibição de *non liquet* exerce, efetivamente, um importante papel. Isso é especialmente verdadeiro nas sociedades contemporâneas, marcadas por desacordos morais e pela constante submissão de casos difíceis ao Poder Judiciário. De fato, se o juiz pudesse se eximir de julgar os casos difíceis ou as questões em que estivesse em dúvida, não seria possível viver em comunidade. Não obstante isso, em nosso entendimento, não há uma vedação total à prática do *non liquet*. Ao contrário. Entendemos que, em algumas situações, essa decisão pode se mostrar legítima<sup>161</sup>.

A conclusão de Koatz tem supedâneo nas teorias de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais – aderindo, o autor, à teoria absoluta, com os temperamentos propostos por Ana Paula de Barcellos -, a respeito das quais discorreremos no início do presente trabalho.

Assim, entendendo que “o *non liquet* pode desempenhar um importante papel no desenvolvimento, efetivo, de um diálogo institucional entre os Poderes<sup>162</sup>”, Koatz postula que tais juízos seriam possíveis, via de regra (embora não exclusivamente), em processos objetivos de controle de constitucionalidade, dada a ausência de partes em sentido técnico-jurídico e a ausência de interesse subjetivo a ser tutelado. Neste cenário, ele defende que tal medida possibilitaria o diálogo entre as instituições, permitindo que o STF compartilhe com os outros poderes e com a sociedade o papel de intérprete da Constituição.

Demais disso, a fim de evitar a “excessiva judicialização da política”, o autor defende que decisões de *non liquet* podem igualmente ser legítimas em processos coletivos ou nos quais se discuta a implementação de políticas públicas, nas situações em que se demonstre mais efetivo, ao Judiciário, evitar se imiscuir na decisão e apenas acompanhar o processo de implementação de uma determinada política pública (posição de autocontenção ou *self-restraint*).

Koatz ainda cita a repercussão geral como “institucionalização do *non liquet*”, por ser um filtro por meio do qual o Supremo Tribunal pode barrar o julgamento de casos considerados menos relevantes para a sociedade; igual raciocínio aplica à disposição do

---

<sup>161</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

<sup>162</sup> *Idem, ibidem*, p. 198.

art. 5º da Lei nº 12.016/2009, que condiciona a impetração de mandado de segurança à impossibilidade de interposição de recurso administrativo dotado de efeito suspensivo.

Em que pese a respeitabilidade de tal posição, discordamos do autor sobretudo na extensão dos casos considerados como *non liquet*, que, em nenhuma hipótese, poderiam ser considerados como uma abstenção de julgamento pelo Poder Judiciário, e sim apenas como mecanismos de racionalização da atividade jurisdicional (de cunho recursal, no caso da repercussão geral, e de cunho cognitivo, no caso do mandado de segurança). Em verdade, sobejam outros casos em que o Judiciário refreia sua irrestrita provocação, a exemplo da necessidade de comprovação da recusa ou inércia administrativa antes da impetração do habeas data, a teor do art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/97<sup>163</sup>.

Já são possíveis, outrossim, o diálogo institucional e a maior participação popular nos processos de natureza objetiva (marcadamente os processos de controle de constitucionalidade), conforme se constata, *verbi gratia*, do crescente manejo do mecanismo de *amicus curiae*. Ademais, uma postura de autocontenção é marca da própria atuação jurisdicional e pode se consignar na própria decisão de mérito ao, por exemplo, conferir maior primazia à atuação legislativa, adotando uma postura de viés mais formalista em detrimento daquelas consideradas construtivistas ou concretizadoras da norma constitucional.

Em que pese tal discussão, nos parece correta a visão de Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao consignar que a decidibilidade de conflitos é o problema central da teoria dogmática do Direito, o que demanda a formulação de decisões com relevância e aplicação prática. Tratando do tema, afirma Ferraz Jr.:

Nesse sentido, seu problema [o da Ciência do Direito] não é propriamente uma questão de verdade, mas de *decidibilidade*. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois podem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionada sem soluções perturbadoras. [...] Ao contrário, os enunciados da ciência jurídica têm sua validade dependente de sua

---

<sup>163</sup> Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

relevância prática. Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisões, é sempre possível encará-los como enunciados mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão<sup>164</sup>.

É este, em nosso ver, o cerne da discussão atual no Direito. Em síntese, trata-se de como proferir decisões mais *adequadas* à solução do caso concreto, restando razoavelmente superada a discussão acerca do que o Direito *pode* decidir. O embate entre as linhas ativistas e de autocontenção, além do mais, foge aos limites deste trabalho, estando fora do escopo de nosso corte metodológico.

Interessa-nos, portanto, dar um novo enfoque à decidibilidade à luz do marco teórico proposto. Neste panorama, constata-se que, no âmbito da Análise Econômica do Direito, linhas como a da Teoria dos Jogos buscam avaliar decisões que dependem das atitudes de outrem, e tal estudo vem adquirido relevância no Brasil<sup>165</sup> sobretudo com a difusão de institutos como a “delação” ou “colaboração premiada”, prevista na Lei nº 12.850/2013 como meio de obtenção de prova em qualquer fase da persecução penal, a teor do art. 3º, I, c/c o art. 4º e ss. do referido diploma legislativo.

Por meio de tal instituto, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Analisando quatro tipos de situação nas quais era possível se valer do instituto para amenizar a pena do acusado, Vitor Gomes Reginato *et al* demonstraram que, via de regra, melhor estratégia para o Estado seria propor o acordo de colaboração premiada, assim como, para o acusado, seria mais vantajoso aceitá-lo – tal arranjo configuraria um

---

<sup>164</sup> FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao Estado do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.

<sup>165</sup> A conferir: ROSA, Alexandre Moraes da. **A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Rei dos Livros, 2015.

equilíbrio de Nash, obtido utilizando a técnica da indução retroativa, uma das ferramentas da Análise Econômica do Direito<sup>166</sup>.

Segundo os autores, este resultado é justificado, dentre outros, pelo fato do elevado custo para o Estado de se manter um preso (estimado em aproximadamente R\$ 3.000,00 por mês), e também pelo custo de oportunidade do acusado em estar preso, dado que, durante o período em que estiver encarcerado, deixará de trabalhar e não receberá remuneração alguma. Apesar disso, frisaram não ser possível uma conclusão generalista a ponto de dizer que em todos os casos de crimes passíveis de acordo de colaboração premiada seria vantajoso para ambas as partes realizá-lo, dado que outros fatores influenciam esta decisão, a exemplo dos custos imensuráveis de bem estar ao acusado em ficar preso.

Este tipo de transação é o exemplo atual e mais contundente da aplicação da teoria dos jogos no processo penal; contudo, considerando a bilateralidade da maioria das situações regidas pelo Direito, tal seara é frutífera ao estudo deste ramo da Economia. Acerca do tema, pontua Alvin E. Roth:

As decisões que dependem do que os outros estão fazendo são chamadas de *estratégicas*, e são o foco do ramo da economia conhecido como *teoria dos jogos*. A tomada de decisões estratégicas tem um papel importante para determinar quem vai bem ou mal em muitos processos de seleção. Muitas vezes, quando nós, especialistas em teoria dos jogos, estudamos um processo de matching [nota da autora: *combinação*, como por exemplo, a seleção de candidatos por um programa de pós-graduação, ou os programas virtuais de relacionamento], ficamos sabendo de que forma os participantes “burlam o sistema”. Os processos de matching bem elaborados tentam levar em conta o fato de que os participantes estão tomando decisões estratégicas. Por vezes, o objetivo de quem desenha o mercado é reduzir a necessidade de burlar o sistema, permitindo que os candidatos se concentrem em identificar seus verdadeiros desejos e necessidades. Outras vezes, a meta é garantir que, mesmo que certa distorção seja inevitável, o mercado ainda possa funcionar livremente. Um mercado bem desenhado torna a participação *segura e simples*<sup>167</sup>.

Essa fundamental interdependência da conduta do *alter* na teoria dos jogos pode ajudar a compreender não só as relações entre as condutas intersubjetivas em sentido estrito, mas o papel da legislação na indução de comportamentos e áreas como o direito concorrencial, recuperação e falência, onde há entre os *players* interesses muitas vezes

---

<sup>166</sup> Cf. REGINATO, Vitor Gomes; REGINATO, Franco Gomes; PARRÉ, José Luiz. O Instituto Penal da Colaboração Premiada e a Teoria do Jogos. In: **EALR**, V. 9, nº 2, p.123-142, Maio-Agosto, 2018.

<sup>167</sup> ROTH, Alvin E. **Como Funcionam os Mercados** – A nova economia das combinações e do desenho do mercado. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016, p. 21.

contrapostos, mas cujas condutas reagem às posturas adotadas pelo outro (ex.: redução de preços pelo concorrente, liquidação de ativos pelo devedor etc)<sup>168</sup>.

Na análise econômica das decisões judiciais, outro conceito já bastante difundido diz respeito às chamadas “escolhas trágicas” (*tragic choices*), quando cenários de escassez tornam necessária uma escolha dolorosa. O tema é estritamente relacionado à ponderação de princípios, visto que, nas escolhas trágicas, estar-se-á diante de bens jurídicos tutelados com igual relevância ou a escolha direta e objetiva de quem usufruirá de tal bem, em detrimento de outrem (a exemplo do caso da doação e transplante de órgãos).

Tal conceito foi trazido por Guido Calabresi e Philip Bobbit ainda em 1978, e o seguinte trecho da introdução da correspondente obra – “*Tragic Choices*” deixa clara a natureza das decisões envolvidas em escolhas deste gênero:

Não podemos saber porque o mundo sofre. Mas podemos saber como o mundo decide que o sofrimento chegará a algumas pessoas e não a outras. Enquanto o mundo permite que os sofrimentos sejam escolhidos, algo além de sua agonia é ganho, algo além da satisfação das necessidades e desejos do mundo. Pois é na escolha que as sociedades duradouras preservam ou destroem os valores que o sofrimento e a necessidade expõem. Desta forma, as sociedades são definidas, pois é pelos valores que são renunciados não menos do que por aqueles que são preservados a um custo tremendo que conhecemos o caráter de uma sociedade<sup>169</sup>.

Assim, pouco auxiliam o aplicador do Direito – considerado em sentido amplo, e abrangendo, inclusive, o gestor – teorias que ignorem a premente escassez de

---

<sup>168</sup> Vale a pena ler o artigo de Randal C. Picker, Professor da Chicago Law School, onde este consigna: “Understanding that may make it clear that the very form of the game is up for grabs. For example, the dominant theoretical justification for bankruptcy is that creditors of the failing firm face a collective action problem akin to that in the Prisoner’s Dilemma. (This is often called the common pool problem). One solution is a government-created collective procedure, the modern bankruptcy proceeding. Nonetheless, to accept that the creditors of the firm must play the financial equivalent of the Prisoner’s Dilemma is a mistake. Together with the debtor, the creditors have an interest in taking actions ahead of time to mitigate the possible harms of the dilemma. Security interests can be understood as one important way of completely avoiding the dilemma. Again, the point here is that we must understand the context in which a game would otherwise take place”. (PICKER, Randal C. *An Introduction to Game Theory and the Law*. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper** No. 22, 1994).

<sup>169</sup> Tradução livre do original: “We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others. While the world permits sufferers to be chosen, something beyond their agony is earned, something even beyond the satisfaction of the world’s needs and desires. For it is in the choosing that enduring societies preserve or destroy those values that suffering and necessity expose. In this way societies are defined, for it is by the values that are foregone no less than by those that are preserved at tremendous cost that we know a society’s character” (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**. The Fels Lectures On Public Policy Analysis. New York: WW Norton & Company, 1978, p. 17).

recursos, fundamentando-se, tão somente, no ideal kantiano da dignidade da pessoa humana como um fim em si mesmo.

### **3.3 Aquilatando os “direitos” e “deveres” humanos à luz do Direito & Economia: a consideração dos custos morais**

Embora a abordagem ontológica nos guie em direção ao cenário ideal, há de se pensar, ao mesmo tempo, que ela não nos oferece respostas aos problemas do presente, limitando-se, por exemplo, a defender uma genérica “vedação ao retrocesso”, “proibição de regresso”, “proibição da evolução reacionária”, vedação ao “efeito catraca”, “efeito *cliquet*” e tantos outros nomes utilizados para designar a impossibilidade de supressão de direitos fundamentais.

Em verdade, tal entendimento decorre do próprio movimento de universalização dos direitos humanos, marcado pela edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dada no ano de 1948 por meio de Resolução da então recém-criada Organização das Nações Unidas (a ONU, em 1945). Deste texto, André de Carvalho Ramos extrai os seguintes parâmetros de análise das contribuições do passado à atual teoria geral dos direitos humanos: 1) o indicativo do respeito à dignidade humana e igualdade entre os seres humanos; 2) o reconhecimento de direitos fundado na própria existência humana; 3) o reconhecimento da superioridade normativa mesmo em face do Poder do Estado e, finalmente, 4) o reconhecimento de direitos voltados ao mínimo existencial<sup>170</sup>.

Dentre outros consectários, o fortalecimento da dignidade da pessoa humana como o eixo principiológico da Constituição Federal de 1988 também deve algum crédito à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ingo Wolfgang Sarlet destaca, sobre este ponto:

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições,

---

<sup>170</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, Versão Eletrônica, parte 1. II.I.

notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948<sup>171</sup>.

Ocorre que o próprio texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 29, traz um tema pouco tratado na Academia brasileira: a existência não só de direitos, mas de “deveres humanos”, consubstanciados nos deveres do indivíduo para com a comunidade, tida como um espaço necessário para o livre e pleno desenvolvimento daquele.

Demais disso, também se trata de limitações de direitos humanos, somente admitidos para “promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros” ou “de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”.

Por fim, ainda se tem uma condicionante ao exercício dos direitos e liberdades vertidos na Declaração: a compatibilidade com os fins e princípios das Nações Unidas, explicitados na Carta de São Francisco (Carta das Nações Unidas). Vejamos:

Artigo 29º

1.O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.

2.No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

3.Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Com efeito, embora o termo não seja tão comum quanto “direitos humanos”, a ideia de “deveres” relacionados ao tema está presente desde antes da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Basta analisar o nome do documento análogo à DUDH (embora a ela precedente) no âmbito da OEA – Organização dos Estados Americanos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que restou aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, nos idos de abril de 1948<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 74.

<sup>172</sup> A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem enuncia, em seu preâmbulo: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.

No âmbito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a menção aos deveres se dá de forma genérica, estatuidando apenas que “o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”. Não se sabe quais e em que medidas seriam tais deveres, o que é coerente com a proposta generalista da Declaração, enunciando, de uma forma mais geral, parâmetros a serem especificados em tratados e outros documentos normativos.

Ocorre que, em se tratando de direitos humanos e fundamentais, sua tutela vai muito além da mera estatuição de um dever a ela correspondente, envolvendo uma ampla e complexa gama de funções, com eficácia irradiante sobre diversas esferas. O marco no reconhecimento desta dimensão para além do mero direito subjetivo é tido como o julgamento do paradigmático caso *Lüth*, na Alemanha, julgado pelo Tribunal Constitucional daquele país em 1958, acerca das nuances da liberdade de expressão.

Em síntese, o julgado se refere ao caso de um judeu, presidente do Clube de Imprensa de país, que, ao liderar um boicote contra um filme chamado "Amada Imortal", de 1950, escreveu um eloquente manifesto que conclamava os “alemães decentes” a não assistirem ao filme produzido pelo cineasta alemão Veit Harlan, que, durante o nazismo, fora o principal responsável pelos filmes panfletários de ideias nazistas, especialmente por força da película *Jud Süß*, de 1940, idealizado por Joseph Goebbels e considerado como uma das mais odiosas representações dos judeus no cinema. A lide se instalou quando, após o fracasso de bilheteria do filme, Veit Harlan e investidores ajuizaram ação

---

O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.

Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apóiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam.

É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria.

É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito.

E, visto que a moral e as boas maneiras constituem a mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar-lhes os princípios.

Neste documento, o Capítulo Primeiro é dedicado aos “direitos”; em contrapartida, o Capítulo Segundo é dedicado aos “deveres”, consignando os deveres perante a sociedade (artigo XXIX), deveres para com os filhos e os pais (artigo XXX), deveres de instrução (artigo XXXI), dever de sufrágio (artigo XXXII), dever de obediência à lei (mais precisamente, aos "mandamentos legítimos das autoridades do país onde se encontrar" - artigo XXXIII), dever de servir à coletividade e à nação (artigo XXXIV), dever de colaborar com a assistência e previdência sociais (artigo XXXV), dever de pagar impostos (artigo XXXVI), dever de trabalhar (artigo XXXVII) e dever de se abster de atividades políticas em países estrangeiros (artigo XXXVIII). De modo análogo, também consta do preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto [...]”.

indenizatória, alegando que a conduta de Eric Lüth afrontara o Código Civil alemão e lhes causara prejuízo.

Ao considerar que o manifesto de Lüth se enquadrava no contexto da legítima liberdade de expressão, a Corte Constitucional alemã consignou ideias como a dimensão objetiva e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como sinalizou pelo emprego do método da ponderação para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais.

Robert Alexy comenta o caso e seus corolários no artigo “Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”, afirmando:

A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, “ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores”<sup>173</sup>. Mais tarde a Corte fala simplesmente de “princípios que são expressos pelos direitos constitucionais”. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à “todas as áreas do Direito”. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”<sup>173</sup>.

Na mesma linha, Daniel Sarmento consigna ser o reconhecimento de sua eficácia irradiante uma das mais importantes conquistas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual descreve como um meio de “humanização” da ordem jurídica, a forma por meio da qual “os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”<sup>174</sup>.

Diante disso – e considerando, igualmente, a natureza dos direitos de 3ª dimensão –, não se pode singularizar a visão sinalagmática de que a um direito fundamental corresponde automaticamente um dever fundamental, pois esta última

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. In: **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40).

<sup>174</sup> SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**. V. XII, 2003, p. 312.

categoria serviria, segundo Canotilho, para resolver “problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade<sup>175</sup>”.

Para o autor português, não há necessária correspondência entre direitos e deveres fundamentais, pois estes representam uma categoria autônoma: “vale aqui o princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre direitos e deveres fundamentais, entendendo-se mesmo ser a assimetria entre direitos e deveres uma condição necessária de um 'estado de liberdade'<sup>176</sup>”.

Isto não implica que não se possa extrair deveres subjetivos das proposições relacionadas aos direitos humanos; mais do que isto, a posição ocupada por estes no ordenamento jurídico se reflete sobre um sem-número de relações jurídicas, em eficácia irradiante no plano vertical (nas relações entre Estado e particulares), horizontal (nas relações equânimes entre particulares, no bojo do *pacta sunt servanda*) e diagonal (nas relações entre particulares marcadas por uma certa desigualdade, como aquelas oriundas das relações trabalhistas ou consumeristas).

Se o contraponto dos “deveres humanos” é tema sensível, mais desafiador ainda é a temática das limitações a direitos humanos, constante do item 2 do artigo 29. Tendo contornos delicados e poucos precisos, não há consenso hermenêutico sobre quando e como limitar direitos humanos ou fundamentais. Neste ponto, fala-se da tutela dos direitos humanos *lato sensu* (i.e., direitos humanos *stricto sensu*, aqueles protegidos internacionalmente, e os direitos fundamentais, sendo estes aqueles com previsão no ordenamento interno), uma vez que não existe diferença ontológica entre eles, mas apenas âmbitos distintos de positivação.

A limitação a direitos humanos é ínsita à ideia de relatividade dos direitos humanos, da qual decorre a ideia de que, não existindo direitos absolutos, pode haver alguma espécie de restrição ao exercício de direitos, sobretudo em caso de colisão entre eles<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 531.

<sup>176</sup> *Idem, ibidem*, p. 533.

<sup>177</sup> Há de se atentar para o fato de que, segundo a doutrina majoritária, não seria qualquer direito passível de sofrer relativização. Não obstante afirma que, via de regra, não existem direitos absolutos, é possível compreender o direito à proibição de tortura, escravidão, tratamento cruel, desumano ou degradante como um direito de caráter absoluto, considerado o disposto no sistema internacional, forte nas normas de *jus cogens*. Tal entendimento pode ser extraído de diversos instrumentos internacionais que afirmam, de forma absoluta, o direito à proibição de tortura, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 5º), o

Neste tipo de situação, o operador do direito se encontra diante da necessidade de técnicas para aferir o âmbito de proteção dos direitos humanos, bem como suas possibilidades de restrição. Sendo este, atualmente, o ponto de estrangulamento da hermenêutica constitucional, não há consenso quanto às ferramentas ou métodos adotados, e já trouxemos nossa exposição acerca do processo de ponderação.

Todavia, qualquer que seja o método adotado, o julgador não ficará livre da escolha – não uma eleição arbitrária, injustificada, impensada, mas uma escolha decorrente do próprio resultado da aplicação das ferramentas hermenêuticas próprias do Direito, ainda que envolva elementos interdisciplinares. Trata-se, não raras vezes, pois, do que no campo econômico se costuma chamar de *trade-off* (custo de escolha ou demanda conflitante), conceituado por Eduardo Giannetti como o sacrifício de um valor como contraparte da obtenção de um outro.

De fato, já é célebre a frase de Stephen Holmes e Cass Sustein de que “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério<sup>178</sup>”. No Brasil, esta visão encontrou eco na Teoria dos Custos dos Direitos de Flávio Galdino, em que o autor afirma que “direitos não nascem em árvores<sup>179</sup>”. No mesmo sentido, e remontando às escolhas trágicas, Gustavo Amaral afirma ser impensável imaginar que não haja escassez, afirmando que o pensamento de que o Estado possa sempre prover as necessidades “nos parece ou uma questão de Fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais<sup>180</sup>”.

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu este dilema, tendo consignado o Min. Celso de Mello 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’<sup>181</sup>”, cujos contornos teóricos explicitamos no item anterior.

---

Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 7º) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 5, 2).

<sup>178</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why liberty depend on taxes. New York: Norton & Company, 1999, p. 45.

<sup>179</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>180</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001, p. 37.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337** AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2011.

Sob a ótica da economia, a decisão judicial não é apenas uma decisão jurídica – é, marcadamente, uma decisão alocativa e, como tal, reflete de certa maneira – ainda que de forma atípica – as escolhas orçamentárias da Administração Pública (daí a razão pela qual tantos criticam o que entendem ser uma forma inaceitável de “ativismo judicial”, usurpando a função do legislador – para nós, contudo, trata-se, quando moderada, apenas de um dos reflexos do mecanismo de freios e contrapesos).

Embora análises de custo-benefício possam se referir a questões menores – como a simplificação do processo licitatório para pequenas compras, por exemplo –, também é possível se vislumbrar custo nas próprias escolhas fundamentais realizadas pelo constituinte, a exemplo da delicada relação entre liberdade e segurança. Um mundo de total segurança sacrificaria em demasia a liberdade; por outro lado, um mundo de liberdade anárquica tornaria a segurança é muito precária. O *trade-off* busca um ponto ótimo entre os dois extremos, a fim de evitar, de um lado a fogueira hobbesiana, a guerra de todos contra todos; e, de outro, o congelamento, a fossilização do Estado totalitário<sup>182</sup>.

O ferramental da Análise Econômica do Direito pode auxiliar o operador em sua escolha – contudo, à exceção de uma linha normativa dura (pela maximização estrita da riqueza, por exemplo), não pode eleger os ideais, escolhas fundamentais e valores a serem tutelados pelo ordenamento jurídico. É elucidativa a explicação de Nicholas L. Georgakopoulos:

A análise econômica do direito ajuda a desenvolver propostas legais alternativas, ajuda a determinar suas consequências e avalia quais delas melhoram os ideais estabelecidos. De uma perspectiva, a análise econômica do direito não estabelece ideais. Os ideais são selecionados por mecanismos sociais fora da análise econômica do direito. Uma explicação simplista pode afirmar que os ideais são estabelecidos através do sistema político e, nos sistemas democráticos, que os ideais são o produto do voto majoritário. A análise econômica do direito se aplica e desenvolve princípios, abordagens, métodos ou ferramentas que buscam tornar cada tarefa tão objetiva e científica quanto possível<sup>183</sup>.

<sup>182</sup> GIANNETTI, Eduardo. **O Indivíduo no Fio da Navalha**. Entrevista concedida à Folha de São Paulo em 23 out 2005. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2310200507.htm>, Acesso em: 289 dez 2018.

<sup>183</sup> Tradução livre do original: Economic analysis of law helps develop alternative legal proposals, helps ascertain their consequences, and assesses which consequences best advance the established ideals. From one perspective, economic analysis of law does not establish ideals. Ideals are selected by social mechanisms outside economic analysis of law. A simplistic explanation may state that ideals are set through the political system and, in democratic systems, that ideals are the product of majority vote. Economic analysis of law applies and develops principles, approaches, methods, or tools that seek to make each task as objective and scientific as possible (GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and Methods of Law and Economics**. Basic Tools for Normative Reasoning. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 02).

Estas esferas se imbrincam quando da análise dos chamados bens de mérito (*merit goods*), definidos pelo Glossário de Termos Utilizados na Regulação dos Serviços Públicos e de Infra-Estrutura elaborado pelo Banco Mundial define os “bens de mérito” (*merit goods*) da seguinte forma:

Em contraste com os bens de demérito, que são percebidos como tendo um valor social negativo, os bens de mérito (como a educação) são vistos como tendo um valor social positivo. Eles tenderiam a ser desprovidos de uma economia de livre mercado pura. Por exemplo, os programas de vacinação mantêm os níveis de doença baixos, mas os indivíduos que respondem apenas às forças do mercado podem não conseguir pagar a vacinação ou não levar em conta a extensão em que outros se beneficiam da redução do risco de serem expostos a uma doença. Sem intervenção do governo, haveria efeitos sociais negativos<sup>184</sup>.

Os bens de mérito, portanto, gerariam externalidades positivas e seriam aqueles mais próximos ao ideal de “justiça distributiva”, atraindo as “soluções externas ao mercado”, como a regulação<sup>185</sup>. Para Calabresi, a temática dos bens de mérito envolveria outra espécie de custo externo: os custos morais, ou o sofrimento mental que sua alocação no mercado comum impõe a outras pessoas.

Todavia, para o autor, não se trata de custos morais diretos, afinal, eles seriam mais complexos que os custos e externalidades tradicionalmente abordados na economia, e mais difíceis de internalizar por meio das transações de Coase muito mais do que as externalidades comuns. Segundo Calabresi, “a dor que sofro por ter um preço exato colocado na ‘vida’ é real. E assim é a dor que eu sofro se eu ver os ricos comprando partes do corpo que praticamente só os pobres vendem<sup>186</sup>”. Colocar um preço a vida e outros bens desta estatura, portanto, é procedimento custoso em si mesmo.

---

<sup>184</sup> Tradução livre do original: “In contrast to demerit goods, which are perceived as having a negative social value, merit goods (like education) are seen as having a positive social value. They would tend to be underprovided in a pure free-market economy. For example, vaccination programs keep disease levels low, but individuals responding only to market forces may be unable to afford the vaccination or not take into account the extent others benefit from reduced risk of being exposed to a disease. Without government intervention, there would be negative social effects”. (BERG, Sanford V. **Glossary For The Body Of Knowledge On The Regulation Of Utility Infrastructure And Services** - Developed for The World Bank. Florida: 2005, p.49).

<sup>185</sup> Apesar deste ser o entendimento majoritário, vale analisar algumas críticas vertidas pela autora, juntamente com o Dr. Adrualdo de Lima Catão, ao mecanismo regulatório. Cf. CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; CATÃO, Adrualdo. (Auto)regulação do mercado, direito concorrencial e análise econômica do direito: é possível uma concorrência perfeita? Revista **Direito & Desenvolvimento**. v. 8 n. 1 (2017).

<sup>186</sup> Tradução livre de “the pain I suffer from having na exact price put on ‘life’ is real. And so is the pain I suffer if I see the rich buying body parts that pretty much only the poor sell” (CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 28).

Nesta linha, Calabresi propõe o exame e separação dos bens de mérito em duas categorias diferentes: a) bens que muitos não querem ver precificados de nenhuma forma (insuscetíveis de mercantilização – *uncommodified*) e b) bens cuja mercantilização não nos incomodaria, mas apenas se sua alocação não fosse determinada pela distribuição de riqueza que geralmente prevalece<sup>187</sup>.

Alvin E. Roth também aborda o assunto ao tratar das chamadas *transações repugnantes*, geralmente censuradas pela sociedade em troca de dinheiro. Historicamente, Roth aponta que a cobrança de juros sobre empréstimos se enquadrava nesta categoria (e, vale frisar, até mesmo a Constituição Federal de 1988, no § 3º do art. 192, revogado pela EC 40/2003, tentou limitar os juros a taxa de juros reais a 12% ao ano), assim como a proibição de pagar por uma criança oferecida em adoção ou até mesmo a prostituição. Desta maneira, “um empréstimo, a adoção e o amor são amplamente considerados coisas boas quando oferecidos de graça, mas seus equivalentes comerciais são malvistas<sup>188</sup>”.

Para Roth, as preocupações quanto à monetização destas transações parecem apontar o receio de que sujeição à *objetificação* – em síntese, o medo de que atribuir um valor a certas coisas faça relegá-las a uma classe de objetos impessoais à qual não deveriam pertencer, perdendo seu valor moral; e à *coação*, o fato de que pagamentos substanciais em dinheiro possam acabar sendo, de certa forma, coercitivos, visto que irrecusáveis, por exemplo, a uma pessoa pobre, expondo-as à exploração.

A despeito das dificuldades, é imperioso ao operador do Direito desenvolver, por exemplo, a legislação regente da matéria – assim como, não raras vezes, também casos concretos batem à porta do Judiciário demandando solução. Exemplo claro se dá quanto aos casos de doação ou transplantes de órgãos, razão pela qual Roth propõe que se pense em modelos de mercados capazes de reduzir ou evitar aspectos que muitos julgam repugnantes, a fim de “tentar eliminar algumas das barreiras para o transplante que condenam muitas pessoas pelo mundo afora a uma morte precoce e mandam outras recorrer ao mercado negro ilegal, que prospera em muitas partes do mundo<sup>189</sup>”.

Para além do debate acerca do tamanho do Estado ou dos limites da regulamentação, Roth remonta a Hayek para ressaltar que, até mesmo em um modelo

---

<sup>187</sup> *Idem, ibidem*, p. 29.

<sup>188</sup> ROTH, Alvin E. **Como Funcionam os Mercados** – A nova economia das combinações e do desenho do mercado. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016, p. 230.

<sup>189</sup> *Idem, ibidem*, p. 236.

liberal, é necessária a clara delimitação de regras para funcionamento do sistema. E pontua:

O fato é que tanto os governos como os cidadãos privados formadores de mercado têm um papel a desempenhar; e ambos podem errar ao regular muito lentamente e sem suficiente vigor, mas também de maneira precipitada. (Feliz é a nação que não proíbe o motor a vapor assim que ele é inventado, quando parece que pode por vezes explodir ou tirar o emprego dos trabalhadores honestos, mas antes que se torne claro de que forma esses motores vão levar a uma revolução industrial). Quando pensamos em ajudar os mercados a funcionar bem, também precisamos pensar sobre o que isso significa. Os mercados que funcionam bem nos oferecem escolhas; portanto, aqueles que operam livremente estão relacionados com nossa liberdade, bem como com prosperidade<sup>190</sup>.

Traçando um paralelo com os direitos fundamentais, é possível concluir, por exemplo, que aqueles direitos tidos atualmente como absolutos seriam insuscetíveis de qualquer mercantilização e, por via de consequência, também imponderáveis, visto não serem objeto de qualquer relativização. Desta maneira, se acaso se demonstrasse, por exemplo, que a sujeição à escravidão de parcela da população seria medida capaz de alavancar o desenvolvimento econômico e social de um país, tal medida, ainda assim, jamais deveria ser admitida pelo Direito, pelo incomensurável custo moral a ela relacionado que, à luz da Análise Econômica do Direito, suplantaria qualquer ganho em outros segmentos.

Quanto aos demais, conforme se demonstrou, a ponderação ainda se coloca como importante ferramenta metodológica para resolver os inevitáveis casos de colisão; todavia, no mérito da questão, a Economia também fornece subsídios para a tomada de decisão, abordando o provimento judicial como uma escolha alocativa e, com isto, permitindo o arranjo de incentivos e a avaliação de custos e benefícios – inclusive aqueles de natureza moral.

## **4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: APLICAÇÃO PRÁTICA E LIMITAÇÕES**

### **4.1 Fundamentação econômica no Supremo Tribunal Federal**

---

<sup>190</sup> *Idem, ibidem*, p. 258.

Antes de adentrarmos na análise de casos práticos, a fim de evidenciar o (não) uso da Análise Econômica do Direito na Suprema Corte brasileira, uma observação se faz necessária. Apesar da importância de se escrutinar a atuação jurisdicional, pois é no Judiciário que termina a maioria das disputas, mormente em face do cunho constitucional inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), o trabalho do jurista pode perder importantes elementos se apenas se resumir a isto.

Em verdade, a análise de casos é apenas um dos métodos de aplicação prática do pragmatismo jurídico, metodologia que jamais pretendeu esgotar o fenômeno jurídico ou se afirmar como a resposta completa para todos os problemas desta seara. Tal atitude perante a investigação científica colidiria com um dos pressupostos do próprio pragmatismo: o ceticismo moderado, segundo qual é salutar ao intérprete questionar até mesmo os próprios pontos de partida, rechaçando “verdades absolutas”.

No pragmatismo, em consonância com as correntes advindas da virada linguístico-pragmática e, em certos termos, também as identificadas como pós-modernistas, as verdades são contingenciais e relativas à situação posta, sem que com isto que se incorra, contudo, no relativismo absoluto, o qual rechaça e abandona completamente a noção de verdade.

Conforme vimos, mais coerente com o pragmatismo seria prestigiar a noção de utilidade em detrimento da “verdade”, evitando adentrar em debates estéreis acerca da essência do objeto, apriorismo e outros elementos de forte matriz platônico-kantiana, notavelmente ontológicos.

Neste contexto, também é relevante a distinção criada por Theodor Viehweg e difundida por Tércio Sampaio Ferraz Jr. entre a zetética e a dogmática e que, ao nosso ver, reforça a necessidade de adoção de uma postura intermediária acerca das verdades no Direito. Isto porque, no estudo da matéria, é possível focar a zetética, a perquirição – questões dotadas de função especulativa explícita e que são infinitas, pois podem pôr em xeque até mesmo os próprios pontos de partida. Por outro lado, também é possível privilegiar a dogmática, com a preocupação deontológica de possibilitar uma decisão e orientar a ação<sup>191</sup>. Não há abordagem aprioristicamente superior, e é sempre possível se fazer inclinações em uma ou outra direção.

---

<sup>191</sup> FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao Estado do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18.

Como bem afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr., não há uma linha divisória radical, e “toda investigação *acentua* mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois<sup>192</sup>”. Em verdade, a teoria do Direito necessita da suspensão de juízo própria do viés zetético, enquanto a atividade judicante demanda, com maior ênfase, um requisito dogmático como condição para a decidibilidade.

No caminho pragmatista, Benjamin Cardozo ressalta que, em verdade, a lei ou o precedente firmado por decisão judicial nunca foram tratados como verdades conclusivas, mas hipóteses de trabalho continuamente submetidas a novos testes pelos tribunais, os “laboratórios do Direito”, apontando para uma “verdade como experiência”<sup>193</sup>.

O processo judicial, inclusive, é marcado pela dialética em seus atos; a discussão das partes e a atuação colaborativa do juízo com vistas à obtenção da solução do litígio. Todavia, em não havendo consenso (promovido pela autocomposição ou pela conciliação), se sobreleva o caráter dogmático da aplicação do Direito: a imposição de uma decisão por um terceiro, que em geral representa a força coercitiva do Estado, inafastável ao se pensar no atual exercício da jurisdição.

Tendo isto em mente, é fato que, a despeito da ênfase da corrente na decisão judicial, não se pode perder de vista que a aplicação do Direito não se restringe a esta esfera, nem mesmo nos países de tradição do *common law*, em que a formação jurídica recebe maiores influxos da jurisprudência. Tal verificação não passa despercebida por Calabresi, que ressalta:

Se olharmos apenas para os casos, e talvez principalmente apenas nos casos de apelação, as relações do mundo real que, por algum motivo, não encontrarem seu caminho nesses casos podem ser perdidas. E então, em um relacionamento bilateral de Direito e Economia, a teoria econômica, por meio de sua construção de modelo, pode levar os estudiosos jurídicos a reexaminar o mundo real e ver estruturas legais que eles perderam. Isso, repito, é o que aconteceu no agora famoso caso da quarta regra da lei do incômodo. O direito de diminuir um incômodo, mas somente se o supressor pagasse os danos causados pelo incômodo, por boas razões, quase nunca encontraria seu caminho em um caso comum de apelação. Um modelo econômico simples sugeriu que tal regra deveria estar lá. E quando os advogados examinaram com mais cuidado, descobriram que, de fato, ele era aplicado o tempo todo ... administrativamente<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> *Idem, ibidem*, p. 18.

<sup>193</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12.

<sup>194</sup> Tradução livre do original: “If one looks only at cases, and perhaps primarily only at appellate cases, real-world relationships that for some reason do not find their way into those cases can be missed. And then

Entendemos importante fazer tal ressalva, apesar do corte metodológico do presente trabalho nos possibilitar, tão somente, a análise de casos relevantes julgados recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. Desta maneira, declinadas tais considerações, passaremos a tratar do RE 601.314, julgado em fevereiro de 2016 juntamente com outros cinco processos que tratavam da matéria e que, ao final, garantiu acesso ao Fisco a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial. Após, também abordaremos o 4º Agravo Regimental no Inquérito 4434, que confirmou jurisprudência no sentido da competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns que apresentam conexão com crimes eleitorais.

Segundo o relator do recurso extraordinário, Ministro Edson Fachin, as questões veiculadas no referido Tema da sistemática da repercussão geral seriam duas: a primeira é a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 frente ao parâmetro do sigilo bancário; a segunda é saber se a utilização dos mecanismos fiscalizatórios previstos na Lei 10.174/2001 ofende o princípio da irretroatividade das leis, quando empregados para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência daquele diploma legislativo.

Da pronta exposição do tema em debate, é possível se vislumbrar uma clara colisão entre o direito à privacidade – mais especificamente na espécie relativa ao sigilo bancário – e a necessidade arrecadatória do Estado, que gera o que alguns consideram como “dever fundamental de pagar tributos”, na linha de José Casalta Nabais<sup>195</sup>.

Contudo, no acórdão lavrado pelo Supremo, embora a colisão entre princípios seja reconhecida, o método para eleição do princípio colidente não foi declinado com clareza no voto dos ministros. Assim, embora se tenha consignado que “o litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que

---

in a proper Law and Economics bilateral relationship, economic theory, through its model building, can lead legal scholars to reexamine the real world and see legal structures that they had missed. This, let me repeat, is what happened in the now-famous case of the fourth rule in nuisance law. The right to abate a nuisance, but only if the abater paid the nuisance damages, for very good reasons almost never found its way into ordinary appellate case. A simple economic model suggested that such a rule should be there. And when lawyers looked more carefully, they found that it was, in fact, applied all the time... administratively”. (CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. 20).

<sup>195</sup> NABAIS, José Casalta. **Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo”, a solução do conflito entre princípios, ocorrida, em tese, pela “ponderação” ou “sopesamento”, não restou aprofundada.

O Supremo Tribunal Federal se limitou a definir o escopo de cada princípio e, ao final, saltar imediatamente a uma conclusão, sem, contudo, esclarecer os métodos utilizados para extraí-la. Conforme veremos, quando se reconheceu uma colisão e se procedeu a alguma espécie de sopesamento (conforme os votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes), apenas se envidou uma análise do “princípio da proporcionalidade”, discorrendo brevemente acerca de suas esferas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em verdade, no voto do ministro Edson Fachin (relator), não houve sequer uma cisão clara dos princípios em conflito, uma vez que o julgador entendeu estar a controvérsia restrita a aspectos distintos do princípio da igualdade. Para Fachin, citando Gargarella, “trata-se, portanto, da difícil tarefa de equalizar em uma concretude histórica o duplo compromisso da igualdade, isto é, o autogoverno coletivo e a autonomia individual”.

Assim, para Fachin, a colisão se daria entre princípios subjacentes: a autonomia individual e o autogoverno coletivo, sendo ambos reflexos, para ele, do princípio da igualdade.

No entanto, apesar de ter declinado tal entendimento em suas “premissas jurídico-filosóficas”, logo após o ministro ressalta que o STF entende, de modo iterativo, que o sigilo bancário encontra guarida constitucional no art. 5º, X, da Constituição Federal (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”), à luz de sua natureza de direito da personalidade.

Daí, decorre logicamente a impossibilidade de se enquadrar a autonomia individual (frise-se, um direito de primeira dimensão) como mero corolário da igualdade (princípio informador, com maior intensidade, dos chamados direitos de segunda dimensão).

De fato, a natureza do direito individual à privacidade não se confunde com uma pretensão estatal tendente a flexibilizá-la em prol da arrecadação fiscal, sendo o primeiro não só considerado direito fundamental, mas também cláusula pétrea da Constituição, a teor do art. 60, §4º, IV.

Talvez a tal circunstância se deva a aparente contradição na fundamentação do julgado que, em sua própria ementa, ora trata de um “um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos”, ora aborda a autonomia individual como subprincípio da igualdade (“finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo”), ora a encara uma das expressões do direito da personalidade (“como autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade”). Se a clara fixação dos princípios em conflito é inexistente, que se dirá do método para solucionar a alegada colisão.

Ainda assim, a conclusão pelo não-provimento do Recurso Extraordinário não é dada, merecendo, em nosso entendimento, melhor esforço hermenêutico para justificar as razões pelas quais “o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”, conforme concluído pela Corte.

Curioso constatar que, em que pese o método para a solução de hipóteses de colisão de princípios seja comumente apontada no Brasil apontada como a ponderação, importando-se a teoria de Robert Alexy, diversos ministros recorreram a um escorço histórico legislativo e jurisprudencial do tema envolvido (i.e., o sigilo bancário), aproximando-se, neste momento, do método pragmático evidenciado por Holmes em *O Caminho do Direito* e Benjamin Cardozo em *A Natureza do Processo Judicial*. Refletindo a diversidade de métodos de interpretação judicial descrita por Cardozo, o ministro Edson Fachin reservou um capítulo de seu voto para tratar até mesmo do que chamou de “premissas jurídico-filosóficas”.

Passaremos a tratar do tema relativamente aos votos declinados de cada um dos demais ministros.

Na manifestação do ministro Luís Roberto Barroso, ficou claro que, consoante sua visão, trata-se da colisão entre um “dever fundamental” (o de pagar tributos) e os direitos à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos. Contudo, apesar de ter consignado que haveria “por evidente, uma ponderação com um direito fundamental”, a tese principal do ministro foi de que o fornecimento de informações fiscais à Administração Tributária não guardaria relação com os mencionados direitos. Em nosso sentir, a consequência de tal entendimento seria reconhecer a inexistência de qualquer colisão entre princípios fundamentais, pelo que não haveria o que se ponderar.

Como tese secundária, Barroso sustentou que “ainda que assim não fosse [i.e., que houvesse relação entre os direitos à intimidade e proteção da vida privada e o fornecimento de informações fiscais], o sigilo das referidas informações financeiras não se encontra no núcleo essencial do direito à intimidade, sendo, portanto, passível de restrição razoável pelo legislador com o objetivo de compatibilizá-lo com outros valores fundamentais do Estado Fiscal”.

Ao longo de seu texto, Barroso também traz argumento de ordem consequencialista, pontuando:

“Promover essa transferência de responsabilidade aos contribuintes e ao mesmo tempo retirar do Fisco os meios necessário [sic] para o seu efetivo controle, como ocorreria com a criação de mais obstáculos ao acesso aos dados bancários, equivale a estabelecer uma presunção quase absoluta em relação às declarações de pagamento efetivadas por aqueles que, de certo modo, são interessados no não pagamento. Isso manietia a Administração Tributária e abre um espaço amplo para a evasão tributária e a sonegação fiscal, que corroem as ideias de justiça e de igualdade fiscal”.

Não se pode dizer, todavia, que este raciocínio, em que pese seu nítido caráter consequencialista, seja de fato um argumento coerente com a Análise Econômica do Direito, pois se restringe a ilações sem suposte em lastro empírico ou mesmo teórico.

Este tipo de exposição não é novidade no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista, por exemplo, o julgamento do RE 407.688-8/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. No caso, a controvérsia consistia em saber se a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista no art. 3º, VII, da lei nº 8.009/90<sup>196</sup>, substituiria após o advento da

---

<sup>196</sup> Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

Emenda Constitucional nº 26/2000, a qual ampliou a disposição do art. 6º da Constituição Federal<sup>197</sup>, incluindo a moradia entre os direitos sociais.

Naquele caso, embora o Tribunal tenha entendido pela penhorabilidade do bem de família do fiador sob o fundamento principal de que não aceitar a penhora do bem de família do fiador romperia o equilíbrio de mercado, desestimulando a realização de contratos de locações e, conseqüentemente, afetando o direito à moradia, tal análise, embora consequencialista e, *a priori*, em consonância com os postulados da Análise Econômica do Direito, ainda pode ser contestada à luz desta corrente, dado que se baseou em mera presunção, não se amparando em qualquer levantamento empírico.

Não se defende, com isto, a realização de pesquisas empíricas em quaisquer decisões. Todavia, é possível ponderar que, em razão da complexidade dos casos em perspectiva, o raciocínio consequencialista também poderia ser realizado para direcionar o julgamento para o provimento contrário, uma vez a relação entre causa e consequência apontada não pode ser tomada como a correta ou mesmo a única possível, porquanto seria possível inferir, da mesma situação, que permitir a penhora do bem de família do fiador poderia vir a desestimular a prestação deste tipo de garantia, o que resultaria, do mesmo modo, em redução da concretização do direito à moradia, através da imposição de maiores óbices à realização de contratos de locação residencial.

De igual modo, admitir “transferência de sigilo bancário” sem autorização judicial também poderia ter como consequência um estímulo à evasão de divisas e fuga de capital, sobretudo das classes mais abastadas, alocando os valores em *offshores*, por exemplo.

De fato, como se viu, é inegável que a argumentação utilizada pelo relator foi de cunho consequencialista; entretanto, como medida acautelatória, far-se-ia necessário um maior amparo científico, preferencialmente com a presença de evidências empíricas,

---

[...]

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)

<sup>197</sup> Na época, após a EC nº 26/2000, o artigo se lia da seguinte forma: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000). Entretanto, ressaltamos que, atualmente, a redação deste artigo já se encontra modificada, ampliando ainda mais os direitos sociais em razão da EC nº 64, de 2010, vigorando da seguinte forma: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

para que se confirmassem as hipóteses suscitadas, sobretudo nos delicados casos envolvendo colisão de direitos fundamentais. Caso contrário, corre-se o risco de se utilizar o argumento econômico de forma leviana, tornando-o perniciosamente maleável e decidindo em nítida contrariedade aos seus postulados teóricos.

Seguindo sua exposição, o Min. Barroso trouxe, também, fortes notas do Direito Internacional – mencionado tratados ratificados pelo Brasil – e de legislação comparada, a fim de demonstrar que a rigorosa proteção do sigilo bancário, na linha do entendimento até então sedimentado pelo STF, não encontraria eco nos demais ordenamentos jurídicos.

Interessante notar que, para além de conceituar e discorrer sobre nuances dos direitos envolvidos no caso concreto, a atividade de ponderação desenvolvida pelo ministro se concretizou, em verdade, apenas por meio do juízo de “proporcionalidade”, analisado sob seu triplo espectro: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para além do “balanceamento” (?), Barroso vai além e traça considerações que nomeou de pragmáticas, reconhecendo que “os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política”.

Assim, aderindo ao pragmatismo jurídico e descrevendo características dele, o ministro entendeu que a corrente “oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à possibilidade de acesso direto por parte da autoridade fiscal aos dados bancários dos contribuintes”. São eles: efeitos sistêmicos sobre a atividade de fiscalização, consequências para o sistema tributário interno e consequências no campo internacional.

Feitas tais análises, a conclusão de Luís Roberto Barroso foi de que “verifica-se que o legislador não desbordou dos parâmetros constitucionais ao exercer sua relativa liberdade de conformação, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação, pela Administração Tributária, às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se uma transferência do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

Por sua vez, o ministro Teori Zavascki entende que o caso “envolve basicamente três ordens de valores: o primeiro é o direito à privacidade, e à intimidade; em segundo lugar, a preservação da segurança das informações; e em terceiro lugar, a questão da reserva prévia de jurisdição”.

Zavascki acompanha Barroso no entendimento de que a controvérsia a respeito da privacidade possui status infraconstitucional, afirmando que “essa informação sobre as operações bancárias não se situam [sic] propriamente no âmbito das informações privativas pessoais e íntimas, protegidas pelo art. 5º da Constituição”.

O ministro ainda nega até mesmo a problemática sobre “sigilo bancário”, dizendo tratar-se de um “não-sigilo”: “o que se afirma na Lei é que o Fisco tem autorização para examinar os dados bancários, não para quebrar sigilo. O sigilo não é quebrado, pelo contrário”. O caso diria respeito, então, à “transferência” de sigilo (em nosso entender, um curioso eufemismo). Negando tais pressupostos, o ministro, como consequência, não tratou de promover qualquer espécie de “ponderação”, face à inexistência de colisão de direitos fundamentais.

Seguindo a colheita de votos, a ministra Rosa Weber se apoiou na tese de “transferência do sigilo”, consignando que “a se entender que a hipótese regradada pela Lei Complementar nº 105 implica quebra de sigilo bancário, necessariamente estará configurada hipótese de reserva de jurisdição. Só que a minha convicção não se fez nessa linha; a minha convicção é a de que há, na verdade, transferência de sigilo bancário, e não quebra de sigilo bancário nesse acesso do Fisco às informações bancárias. E há que privilegiar, do meu ponto de vista, justamente o interesse coletivo, à luz do próprio artigo 145, § 1º, da Constituição Federal”. De tal forma também votou a ministra Cármen Lúcia, sem juntar arrazoado específico.

Abrindo a divergência, o ministro Marco Aurélio pontuou que a “regra é assegurar a privacidade das correspondências bem como das comunicações telegráficas de dados e telefônicas, correndo à conta de exceção a possibilidade de ser mitigada por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, a fim de “resguardar o cidadão de atos extravagantes que possam, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade”. Como conclusão, reiterou jurisprudência – anteriormente vencedora – no sentido que “apenas se permite o afastamento do sigilo mediante ato de órgão

equidistante, mediante ato do Estado-juiz, que não figura em relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal”.

Mencionou precedentes que desautorizariam o conhecimento de dados cobertos por sigilo bancário mesmo pelo Ministro da Fazenda e pelo Banco Central do Brasil, acrescentando o fato de que a competência jurisdicional seria intransferível a outros órgãos. Tratou, ainda, de um terceiro ponto: “A terceira questão a ser considerada concerne à denominada prerrogativa de foro. Detendo-a o cidadão, só pode ter o sigilo afastado ante a atuação, fundamentada, do órgão Judiciário competente, mas, até aqui, segundo o acórdão impugnado mediante este extraordinário, ombreiam, em despropósito insuplantável, o Judiciário e a Receita Federal. Em síntese: ainda que o correntista goze da prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo Supremo, este sim autorizado constitucionalmente a quebrar-lhe o sigilo de dados bancários, a Receita poderá fazê-lo não para efeitos criminais, mas de cobrança de tributos, fato que revelará verdadeira coação política na cobrança de tributos”.

Ponto relevante mencionado, ainda, foi a circunstância de que a Receita Federal faz parte da relação jurídico-tributária e, portanto, não estaria atuando em defesa do interesse público primário, mas secundário, por atuar como arrecadadora de tributos (interesse fiscal).

Sobre a tese de “traslado” ou “transferência” de sigilo, Marco Aurélio classificou-a de “sofisma”, entendendo que “sigilo com compartilhamento não é sigilo; como segredo participado a outrem deixa de ser segredo”.

Luiz Fux limitou-se a seguir o voto do relator e Gilmar Mendes cingiu a problemática em termos de ser – ou não – o sigilo bancário oponível ao Fisco, traçando inicialmente uma distinção entre sigilo de dados e sigilo de comunicação de dados.

Contudo, Gilmar claramente reconheceu haver uma colisão entre normas constitucionais, afirmando: “reconheço que as medidas previstas na legislação carregam restrições ao direito à privacidade, mas não vejo nessas restrições ofensa ao texto constitucional”.

Em nome da concordância prática, Mendes faz uma análise de se as restrições previstas em lei respeitariam o núcleo essencial do direito fundamental e a proporcionalidade, nos seus três aspectos ou corolários: adequação, necessidade e

proporcionalidade em sentido estrito. Aderiu a tese da “transferência” de sigilo, classificando-a não como “mero jogo de palavras”, mas como medida ainda capaz de preservar a “não divulgação” dos dados bancários. Tratar-se-ia, portanto, de “compartilhamento”, e não exposição destes.

Por fim, o ministro Celso de Mello também reconheceu a colisão, filiando-se à divergência e entendendo pela primazia da reserva da jurisdição, órgão equidistante. Salientou: “em havendo situação de colidência entre princípios impregnados de qualificação constitucional, como pode ocorrer entre as prerrogativas institucionais da Administração Tributária, de um lado, e os direitos e garantias básicas dos contribuintes, de outro, a resolução desse estado de antagonismo deverá constituir objeto de um pertinente juízo de ponderação, a ser exercido não por um dos sujeitos parciais da relação litigiosa, que certamente atuaria “pro domo sua”, mas, isso sim, por um terceiro juridicamente desinteressado, como os órgãos integrantes do Poder Judiciário do Estado”.

Citou um dos votos Oliver Holmes Jr., precursor do pragmatismo jurídico, que atuou como Justice da Suprema Corte Americana, para ratificar seu entendimento de que “o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”, defendendo limitações oponíveis ao poder impositivo do Estado. Vê, na tese da “transferência” de sigilo, “um claro eufemismo que mal consegue disfarçar uma situação de evidente inconstitucionalidade que afeta a pretensão do Estado de manter, por deliberação própria e sem controle jurisdicional prévio, uma contínua fiscalização do Poder sobre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária”.

Sem causa provável valorada por órgão equidistante, haveria lesão frontal a um dos aspectos da privacidade, ferindo-lhe seu núcleo essencial. Assim, para Celso de Mello, “a quebra do sigilo bancário importa, necessariamente, em inquestionável restrição à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato excepcional do Poder Público. A pretensão estatal voltada à “disclosure” das operações financeiras constitui fator de grave ruptura das delicadas relações – já estruturalmente tão desiguais – existentes entre o Estado e o indivíduo, tornando possível, até mesmo, quando indevidamente acolhida, o próprio comprometimento do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, em seus aspectos essenciais, o círculo de proteção estabelecido em torno da prerrogativa pessoal fundada no direito constitucional à privacidade”.

Seguindo a tese majoritária, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski apenas reiterou seus principais pontos. Ao final, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, conheceu do recurso e a este negou provimento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Por maioria, fixou, quanto ao item “a” do tema em questão, a seguinte tese: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”; e, quanto ao item “b”, a tese: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.

Outro caso em que se acendeu o debate acerca das consequências da decisão foi o julgamento do 4º Agravo Regimental no Inquérito 4434, recurso interposto defesa do ex-prefeito do Rio de Janeiro Eduardo Paes e do deputado federal Pedro Paulo (DEM-RJ) no procedimento em que são investigados por fatos supostamente ocorridos em 2010, 2012 e 2014, decorrente de informações obtida em acordos de colaboração (“delação”) premiada firmados por executivos e ex-executivos do Grupo Odebrecht, indicando a prática de crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, lavagem de capitais, evasão de divisas e falsidade ideológica eleitoral.

Considerado pela imprensa como uma “derrota para [operação] Lava-Jato<sup>198</sup>”, o cerne do debate orbitou na atribuição, ou não, da competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns que apresentam conexão com crimes eleitorais. O agravo foi apresentado contra decisão do relator, ministro Marco Aurélio, que declinara da competência para a Justiça do Estado do Rio de Janeiro por entender que os delitos investigados não teriam relação com o mandato de deputado federal. Contra essa decisão monocrática, a defesa interpôs o recurso que, apreciado pela Primeira Turma do STF, foi remetido ao Plenário.

Ao final do julgamento, por maioria formada pelos ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello

---

<sup>198</sup> Cf. os portais “Folha de São Paulo” (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/em-derrota-para-lava-jato-stf-decide-que-justica-eleitoral-pode-julgar-crime-comum.shtml>) e “Veja” (<https://veja.abril.com.br/politica/stf-impoe-derrota-a-lava-jato-e-justica-eleitoral-julgara-crimes-comuns/>).

e Dias Toffoli, se deu parcial provimento ao agravo, reafirmando o entendimento da competência da Justiça Estadual para julgar crimes conexos aos eleitorais. Não obstante, também estatuiu que cabe à Justiça especializada analisar, em cada caso, a existência de conexão de delitos comuns aos delitos eleitorais e, em não havendo, remeter os casos à Justiça competente. Em acalorado debate, restaram vencidos os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que votaram pela cisão de parte da apuração entre a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal.

O inteiro teor do acórdão ainda não está disponível do sítio eletrônico do STF, já que sói ocorrer um considerável atraso em sua disponibilização. Para trazer este importante caso ao presente trabalho, analisamos a gravação das sessões dos dias 13 e 14 de março de 2019, disponibilizada pelo próprio Tribunal na plataforma *YouTube*. Além disto, também foram disponibilizados os votos dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin (divergência).

Acompanhando a divergência inaugurada por Fachin, os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux foram contundentes ao defender que os crimes comuns deveriam ser julgados pela Justiça Federal, e os delitos eleitorais, pela Justiça especializada, eis que esta “não seria vocacionada para julgamentos criminais”. Neste ponto, houve expressa menção à Análise Econômica do Direito, defendida pelo Min. Luiz Fux para, evitando relegar a investigação criminal à Justiça Eleitoral – a seu ver, incapaz de desempenhar esta atividade do mesmo modo que a Justiça Federal –, comprometendo a eficiência da prestação jurisdicional.

O argumento colocado pelo Min. Luiz Fux gerou, mais uma vez, forte reação do Min. Ricardo Lewandowski. Convém transcrever a narração de Ana Pompeu sobre o debate travado, em que é possível verificar, nos posicionamentos do Min. Ricardo Lewandowski, as censuras mais comuns dirigidas a esta linha de pensamento, conforme discorreremos no início deste trabalho:

Fux argumentava que a Justiça Eleitoral não costuma lidar com corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Os crimes eleitorais “não abarcam os mega delitos de organizações criminosas que temos apurado em inquéritos”. As figuras seriam simples: falsificar um documento, coagir um eleitor, levar um eleitor à zona eleitoral. Lewandowski interveio para dizer que há uma tendência, promovida, inclusive, no âmbito do Supremo, de ampliação das competências da Justiça Eleitoral. Em resposta, Fux começou dizendo que ambos são preocupados com a minimização de segmentos do Poder Judiciário e mencionou a escola à qual é alinhado, a análise econômica do direito. Lewandowski foi enfático: “Escola de que discordo com muita ênfase. Vossa excelência é um cultor desta escola. E eu tenho severas restrições do direito

visto sobre a ótica da economia, porque entendo que há enorme dose de ideologia". Para o ministro, a doutrina é utilitarista. Ressalvando o respeito que tem pelos adeptos e lembrando que nos Estados Unidos a escola é bastante difundida, ele destacou que em universidades, tanto estrangeiras quanto brasileiras, há debate acadêmico intenso e acirrado, com pensadores que se opõem com veemência a essa escola. "Todo mundo tem medo do novo", rebateu Fux. "A análise econômica do direito, em um de seus pilares, visa a eficiência da prestação da Justiça. Quanto a isso, vossa excelência concorda", disse. Lewandowski, no entanto, respondeu que a origem é das antigas escolas utilitárias do direito. "Não só estão ligadas ao direito, como à filosofia, à ética, à moral. À moral utilitária. É dar um sentido utilitário ao direito. No fundo, é essa ideia, ou ideologia, que ela transmite. Enquanto outros imaginam que tem outra teleologia ou pelo menos deveria ter, ou proteger outros valores", afirmou. Fux brincou que, eventualmente, em uma banca sobre o tema, convidaria o interlocutor, "porque não há melhor melhor exame do que ter um grande opositor pela frente", e fez uma defesa da linha de pensamento, para desmistificá-la e mostrar que ela não é tão matemática quanto se imagina. De acordo com ele, na economia comportamental, uma pessoa só faz uma conciliação se tiver a sensação de felicidade e de justiça, apenas se despede do juízo com esse sentimento. Esses sentimentos, então, são os alvos para quem se alinha a esta escola. Tendo sido juiz de primeiro grau, se disse atento a que as pessoas não fizessem concessões imoderadas e alcançassem essas sensações<sup>199</sup>.

No voto do Ministro Celso de Mello, que acompanhou, inteiramente, o Relator, embora não haja menção expressa ao raciocínio consequencialista adotado como um dos fundamentos para a divergência, consta, em nosso ver, uma velada referência ao mencionado argumento. Afirma o ministro: "É, portanto, na Constituição e nas leis – e não na busca pragmática de resultados, independentemente da adequação dos meios à disciplina imposta pela ordem jurídica – que se deverá promover a solução do justo equilíbrio entre as relações de tensão que emergem do estado de permanente conflito entre o princípio da autoridade e o valor da liberdade".

Sobre a alegada carência de meios a Justiça Eleitoral para promover a persecução penal, disse que "a Justiça Eleitoral – cuja instituição, ocorrida em 1932, resultou da edição do Código Assis Brasil (há 87 anos, portanto), como bem lembrou, em seu doutíssimo voto, a eminente Senhora Ministra Rosa Weber, Presidente do E. Tribunal Superior Eleitoral – está plenamente capacitada para exercer, com inteira correção e apuração técnica, a jurisdição penal a propósito de tais delitos, se conexos com os crimes eleitorais. O Supremo Tribunal Federal tem plena consciência de que não faltarão meios para a Justiça Eleitoral bem realizar e desempenhar os encargos que lhe competem na esfera penal, presente o contexto que venho de mencionar".

---

<sup>199</sup> POMPEU, Ana. Ministros debatem relação entre Direito e Economia no Plenário do Supremo. 14 de março de 2019. In: **Conjur – Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-18/leia-voto-marco-aurelio-crimes-comuns-justica-eleitoral> Acesso em: 02 abril de 2019.

Da análise do supracitado recurso extraordinário é possível vislumbrar, portanto, que o Supremo Tribunal Federal utiliza uma combinação de diversos métodos hermenêuticos para extrair conclusões aptas a justificar o direcionamento do voto, não se atendo a uma linha interpretativa singular. Ademais, ainda são presentes os métodos hermenêuticos clássicos – inclusive o histórico –, a despeito do desdém acadêmico diversas vezes direcionados a estes.

Quanto à ponderação, constatou-se que, quando expressamente mencionada, se confundiu com o juízo acerca dos três âmbitos do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, não havendo o enfrentamento pormenorizado deste último elemento, o ponto de estrangulamento do raciocínio ponderativo.

A argumentação consequencialista é muito presente, contudo, ainda se restringe a um raciocínio fulcrado em ilações, sem suporte empírico capaz de indicar, de forma mais técnica, as conclusões extraídas da aplicação, por exemplo, de postulados econômicos. Tanto nas conclusões acerca do incentivo à sonegação quanto na suposta ineficiência da Justiça Eleitoral para deter a competência criminal, não foram apresentados quaisquer dados capazes de demonstrar o alegado, de modo que, sobretudo no segundo caso, a argumentação dos Ministros se fundou em sua experiência prática.

Diferente, por exemplo, foi o trabalho levado a cabo pelo Min. Luís Roberto Barroso quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em que se deu interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo fosse interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Em capítulo tratando dos “números relevantes”, o julgador trouxe o suporte de dados para subsidiar seu raciocínio, consignando:

“Conforme explicitado no meu voto no HC 126.292, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. No Superior Tribunal de Justiça, de acordo com dados do projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas, a média de provimento de

recursos especiais (tanto os admitidos na origem como os que são processados via agravo de instrumento) é de 9,1% em favor dos réus. Não há estatística acerca de qual percentual resultou efetivamente em absolvição, mas tal como ocorre no STF, ele deve ser bastante baixo. A maior parte dos provimentos de recurso dizem respeito ao regime de pena e à dosimetria”.

Em item da ementa do julgado, o Ministro fez constar que “o baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp. Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores”.

Por este motivo, não se pode afirmar que houve o efetivo uso da Análise Econômica do Direito nos julgados analisados no presente trabalho, a despeito da importância dada às consequências do julgamento e ao caráter indutor do comando: evitar a evasão fiscal, mola propulsora dos votos dos ministros no sentido do improvimento, no primeiro caso (RE 601.314). Já na segunda hipótese (Inq 4434), a tese que se afirmava refletir uma análise econômica foi minoritária, eis que os argumentos pela ineficiência da Justiça Eleitoral para levar a cabo a persecução penal restaram vencidos.

Robert Alexy, apesar de, conforme vimos, aderir, quanto à *forma*, a uma teoria da argumentação que sustenta a busca pela fundamentação racional calcada na *pretensão de correção*<sup>200</sup> (já tendo sido expostas as ressalvas pragmatistas quanto à busca pela “racionalidade” no Direito), incorpora a argumentação empírica à sua teoria, mas adverte:

Também se pode distinguir entre enunciados sobre ações, acontecimentos ou estado de coisas passados, presentes e futuros. Estes enunciados podem corresponder de novo a diversas áreas da ciência, como a Economia, a Sociologia, a Psicologia, a Medicina, a Linguística etc. Isso evidencia que uma teoria que leve em conta a argumentação empírica necessária nas fundamentações jurídicas tem de se ocupar de quase todos os problemas do

---

<sup>200</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

conhecimento empírico, cuja inclusão na argumentação jurídica só se pode resolver mediante uma cooperação interdisciplinar<sup>201</sup>.

Todavia, diante, sobretudo, das dificuldades práticas de se obter tais elementos para subsidiar a decisão judicial – afinal, há obstáculos cognoscitivos aos juízes, leigos em matéria de Economia, Psicologia e afins -, Alexy reconhece que frequentemente não é possível se obter o conhecimento empírico necessário com a certeza desejável, situação em que seriam necessárias regras de presunção racional. De todo modo, arremata: “a relevância do conhecimento empírico para as argumentações jurídicas dificilmente pode ser subestimada<sup>202</sup>”.

#### **4.2. Limitações da Análise Econômica do Direito**

A dispersão do conhecimento humano e as complexidades das relações jurídicas, assim como a relatividade inerente à maioria dos direitos, nos parecem dificultar o desenvolvimento de uma “teoria geral” que explique, de forma exaustiva, o fenômeno jurídico.

Como meios para solucionar os problemas postos ao operador do Direito, se revela mais frutífero investigar os métodos adequados para a formulação do raciocínio jurídico, sem olvidar as influências sociológicas, culturais e políticas envolvidas neste fenômeno. Desta maneira, a investigação com subsídio da Economia, hoje sistematizada na Análise Econômica do Direito, é *uma* das várias ferramentas postas à disposição do jurista para manejo de casos concretos, desde a formulação legislativa até a proposição de políticas públicas e decisões de litígios judiciais.

O método, contudo, também encontra suas limitações. Se a maioria das críticas à Análise Econômica do Direito advém de preconceitos, vieses ideológicos ou desconhecimento de seus postulados teóricos (como explicitamos alhures), os verdadeiros pontos de estrangulamento desta corrente passam ao largo na maioria das menções, que revelam tendências opostas (seja pela detração infundada, seja pela defesa acrítica).

Há de se reconhecer, entretanto, que o Direito & Economia encontra dificuldades de ordem tanto interna quanto externa, que passaremos a tentar elencar. Sob uma perspectiva interna ou *per se*, tem-se que, sendo uma ciência inserida na área de

---

<sup>201</sup> *Idem, ibidem*, p. 224.

<sup>202</sup> *Idem, ibidem*, p. 224.

humanidades, as visões econômicas não são unívocas, havendo uma multiplicidade de vertentes e modelos teóricos propositivos, com métodos e pontos de partida distintos (a exemplo das escolas de pensamento econômico marxista, austríaca, chicaguista etc), podendo incorrer em resultados também distintos.

Situação análoga foi relatada por Luciano Oliveira em relação à Sociologia. Frequentemente perguntado acerca da “visão da Sociologia” sobre determinado assunto, o autor afirma, categoricamente: “Não existe!”. Por isto, diz ele, pretende explicar que “não existe algo chamado A Sociologia – entendida como um acervo pacífico e consolidado de saber contendo, para cada aspecto da realidade social, *uma visão...*”<sup>203</sup> Segundo Oliveira, a sociologia e as ciências sociais e humanas em geral constituem um vasto campo de embates teóricos, ideológicos e mesmo metodológicos. Isto não significa, por óbvio, a imprestabilidade da Sociologia ou qualquer outra ciência para subsidiar a pesquisa científica em Direito. Esclarece o autor:

Não existe, assim, uma visão unívoca da sociologia sobre a propriedade, a família, o crime, a administração, – o que quer que seja. Existem, entretanto, obras sociológicas que abordaram esses fenômenos sociais, as quais podem eventualmente servir para o trabalho do jurista. Exemplificando: se alguém vai fazer um trabalho sobre corrupção no Brasil e me pedir uma “visão sociológica” sobre isso, ocorrer-me-ia recomendar-lhe ler o que um Weber escreveu sobre burocracia patrimonial, ou, entre nós, o que um Sérgio Buarque de Holanda (em *Raízes do Brasil*) ou um Roberto DaMatta (em *Carnavais, Malandros e Heróis*) escreveram sobre nossa renitente resistência a diferenciar o espaço público do espaço privado. Mas isso não significa dizer que para cada tema que interesse ao jurista haja um trabalho sociológico lhe esperando... E, mais importante, que esse trabalho seja a visão da sociologia sobre o assunto. Até porque, muito provavelmente, o aluno encontrará trabalhos muito diferentes e feitos sem o conhecimento um do outro. A ele caberá pesquisar, fazer a triagem e escolher. Ou não, pois certamente não será todo e qualquer trabalho, só porque foi feito por um sociólogo, só porque toca no assunto que lhe interessa, que servirá aos seus propósitos<sup>204</sup>.

Para Valdir Melo, é necessária uma visão mais modesta do papel do economista (assim como, podemos afirmar em decorrência, também do sociólogo, do cientista político, do jurista). A economia e as demais ciências humanas são partes, ainda que interrelacionadas; cada qual como uma esfera de fenômenos de um sistema mais amplo: a sociedade.

Sem pretensões de incursionar em teorias dos sistemas, para não descurar do aprofundamento que merece a complexidade, por exemplo, de Luhmann, é possível

---

<sup>203</sup> OLIVEIRA, Luciano. “Não fale do Código de Hamurábi!” – A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)*, v. 13, 2003, p. 13-14.

<sup>204</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

afirmar que o agente econômico é sempre também agente social, político, cultural, ambiental, dentre outros, inserido que está no contexto de variados grupos sociais. As forças econômicas, portanto, estão sujeitas a impactos de outras forças humanas. Um ponto positivo para Melo, é que, “como consolo, o economista pode compreender melhor as falhas preditivas de sua disciplina: o ser humano é imensamente mais complexo do que o permite abordar qualquer das ciências sociais<sup>205</sup>”.

Desta maneira, a fim de suprir uma relativa indeterminação apriorística das normas jurídicas, é de certo modo ingênuo recorrer à Economia pretendendo obter uma “resposta correta”. O que se tem é a possibilidade de melhorar o juízo acerca das prognoses da aplicação de determinado comando normativo, eis que, neste ponto, esta ciência dispõe de ferramentas já validadas pelas práticas científicas para tanto, podendo, por exemplo, por meio da econometria, coletar dados, analisá-los e descrevê-los sem recorrer à hermenêutica.

Outro ponto que merece reflexão diz respeito, conforme demonstramos, à aplicabilidade das visões *positiva* e *normativa* da Análise Econômica do Direito. Se a primeira busca constatar fatos, sem necessariamente oferecer uma teoria da justiça ou um fundamento axiológico para orientar a decisão do operador, a segunda tem um caráter valorativo, propondo ao julgador ou formulador de políticas públicas, por exemplo, a adoção da medida que busque maximizar a eficiência.

As dificuldades são maiores nesta segunda abordagem, visto que, não só o conceito de eficiência é também plurívoco (e explicável de diversos modos, como a relação de Pareto ou Kaldor-Hicks), como também sua adoção como critério de justiça não é autoexplicável. Isto significa que, como ocorre com as teorias da justiça (a teor da visão rawlsiana, habermasiana, dworkiniana, dentre outras), a adoção de critérios liberais, comunitaristas, distributivos ou equitativos, por exemplo, vai além da evidência empírica e ingressa na seara ideológica ou retórica - convencimento, enfim.

O outro tipo de dificuldade encontrada pela Análise Econômica do Direito não lhe diz propriamente respeito, ou seja, não decorre de sua própria natureza, mas dos embaraços práticos relativos à sua aplicabilidade.

---

<sup>205</sup> MELO, Valdir. Mecanismos para Problemas de Ação Coletiva. In: **Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea, 2014, p. 12.

Com efeito, um dos maiores entraves para o correto manejo da Análise Econômica do Direito – que não só impede sua correta aplicação, como também gera equívocos acerca de sua definição – é a falta de preparo técnico dos profissionais da área jurídica para desenvolver pesquisas desta natureza. Assim, falta aos operadores do Direito não só um aprofundamento na análise da Economia (eis que seu estudo em geral se resume a apenas um período inserido no contexto propedêutico do início da graduação), mas também do domínio das técnicas de pesquisa jurídica, sobretudo aquelas de caráter empírico.

De um modo geral, Alexandre Veronese e Roberto Fragale Filho entendem ser imperiosa “uma reformulação das pesquisas jurídicas em prol da busca de parâmetros acadêmicos e metodológicos que sejam paralelos com os que existem nas demais áreas e humanidades<sup>206</sup>”, fazendo coro, juntamente com Marcus Faro de Castro, na crítica do aprisionamento do jurista a meros conceitualismos. Para Castro, “o direito é um meio usado por autoridades do Estado para ordenar inúmeras relações sociais. É importante demais para ficar entregue a jogos de cena e formalismos intelectuais vazios<sup>207</sup>”.

Que não se entenda, com isto, que se está reduzindo os métodos hermenêuticos tradicionais a simples conceitualismos. Não é este o ponto suscitado no presente trabalho. A uma porque os métodos de interpretação sempre tiveram seus próprios rigores e âmbitos de aplicabilidade, como se demonstrou na parte inicial desta dissertação; a duas porque mesmo a pesquisa filosófica em direito demanda um aporte teórico, não podendo se limitar a simples cotejos entre conceitos ou conteúdos de fontes do direito (doutrina, leis, jurisprudência, dentre outros), destituídos de uma teoria de interpretação.

Veronese e Fragale Filho sintetizam esta ótica ao afirmar que não basta a confecção de trabalhos técnicos: “a compreensão do direito vigente requer a apreensão da realidade<sup>208</sup>”, demandando uma forma de interpretação social das normas jurídicas no contexto de decisão – como nos Tribunais e na Administração Pública –.

---

<sup>206</sup> VERONESE, Alexandre; FRAGALE FILHO, Roberto. Pesquisa em Direito: as duas vertentes vs. a não-pesquisa. In: SILVA, Larissa Tenfen; XIMENES, Julia Maurmann (Coords.). **Ensinar direito o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 307-308.

<sup>207</sup> CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva-Direito GV, 2012, p. 22.

<sup>208</sup> VERONESE, Alexandre; FRAGALE FILHO, Roberto. Pesquisa em Direito: as duas vertentes vs. a não-pesquisa. In: SILVA, Larissa Tenfen; XIMENES, Julia Maurmann (Coords.). **Ensinar direito o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 320. A “apreensão da realidade”, aqui, também não se confunde com uma

Ocorre que, para além do fundamento filosófico, a demanda por um estudo do direito mais praxista e preocupado com as soluções dos problemas do cotidiano engendrou, não só, um maior prestígio das abordagens interdisciplinares, como também a aplicação de métodos de pesquisa quantitativa e qualitativa ligados às ciências sociais. A despeito da “profecia” de Holmes no *Caminho do Direito*, datada de 1897 e que serve como epígrafe do presente trabalho (“Para o estudo racional da lei, o *blackletter man* [o homem do “preto no branco”] pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o mestre da economia”), a efetiva aproximação entre o Direito e as demais ciências só se quase um século depois.

Mike McConville e Wing Hong Chui creditam a origem desta virada às transformações surgidas nas décadas de 1960 e 1970 pelos realistas e estudiosos sócio-jurídicos, que inauguraram o movimento do *Direito e Sociedade*, apontando a importância de entender o vão entre o “direito nos livros” e o “direito em ação”, bem como a operação do direito na sociedade<sup>209</sup>.

Sopro inicial para a AED, o artigo de seminal de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*, em que o autor trata dos custos sociais – os custos privados somados às externalidades negativas – e expõe o Teorema de Coase), ganhador do Prêmio Nobel, data de 1960, e foi pouco depois desta época também – mais precisamente em 1981 – que Richard Posner publicou *The Economics of Justice* (“A Economia da Justiça”), em importante marco para a corrente. Apesar de avanços havidos ao longo destes quase cinquenta anos, a análise de decisões de Tribunais, subsidiada pelo pragmatismo jurídico, demonstra que os colegiados ainda carecem de ferramentas para aplicação da metodologia proposta pela corrente.

Parece-nos acurada a consideração de Veronese e Fragale Filho ao suscitarem que estamos habituados a fazer *defesa de hipótese* em vez de realizarmos verdadeiros

---

visão essencialista da realidade ou da linguagem, afastada pelo pragmatismo jurídico e pelas correntes inauguradas pela virada linguística. Trata-se, apenas, como posteriormente esclareceram os autores, do fato de que “o campo da análise das possíveis interpretações do direito aplicável, em quadros de decisão multivariada – o direito que deve ser (*ought to be*) – está adstrito ao debate das ciências normativas e tem a hermenêutica e a discussão pretérita sobre as condições de existência do direito para os juristas e as sociedades como foco” (*Idem, ibidem*).

<sup>209</sup> MCCONVILLE, Mike; CHUI, Wing Hong. **Research Methods for Law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007, p. 05.

*testes de hipótese*<sup>210</sup>, o que indica uma contaminação do trabalho acadêmico pela perspectiva forense, de cunho advocatício ou parecerista. Até mesmo a atividade do juiz, conforme vimos, tem forte cunho persuasivo, isto é, de convencimento externo (da sociedade) e interno (das partes), para além da solução da lide.

O que se constata é que, a despeito de iniciativas em âmbito acadêmico (como as pós-graduações em Direito e Economia<sup>211</sup>, o desenvolvimento de revista científica especializada<sup>212</sup> e a criação de associações<sup>213</sup> e grupos de estudo especializados em AED<sup>214</sup>, jurimetria<sup>215</sup> e congêneres<sup>216</sup>), a repercussão da AED nos Tribunais é limitada por uma dificuldade metodológica, oriunda da falta de capacidade técnica dos operadores em fazer uso dos métodos de investigação econômicos.

Assim como em matéria de ponderação, a utilização do raciocínio consequencialista é pouco sistematizada, associada a uma miscelânea de argumentações e “sincretismos metodológicos”, nos dizeres de Luciano Oliveira<sup>217</sup>, o que colabora para a confusão acerca da linha teórica.

Se há, ainda, carência de recursos humanos nos próprios Tribunais, um importante instrumento processual serve para trazer tais abordagens ao conhecimento dos julgadores: o *amicus curiae*, por meio do qual o “amigo da Corte”, um terceiro, pessoa física ou jurídica, ou até mesmo um órgão ou entidade sem personalidade jurídica, se habilita em processo em andamento para fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa<sup>218</sup>.

---

<sup>210</sup> VERONESE, Alexandre; FRAGALE FILHO, Roberto. Pesquisa em Direito: as duas vertentes vs. a não-pesquisa. In: SILVA, Larissa Tenfen; XIMENES, Julia Maurmann (Coords.). **Ensinar direito o Direito**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 328.

<sup>211</sup> Especialização em Direito e Economia da UFRGS; Curso de especialização - Modalidade extensão universitária em Direito e Economia pelo Instituto de Economia da UNICAMP.

<sup>212</sup> EALR – Economic Analysis of Law Review, do Portal de Revistas da UCB.

<sup>213</sup> ABDE – Associação Brasileira de Direito e Economia.

<sup>214</sup> Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) – GV Direito/Rio.

<sup>215</sup> ABJ – Associação Brasileira de Jurimetria.

<sup>216</sup> *Lawgorithm*, fundada por professores de ciência da computação, engenharia, direito, economia e filosofia da USP, voltada para o estudo das relações entre inteligência artificial e Direito (IA&Direito).

<sup>217</sup> OLIVEIRA, Luciano. “Não fale do Código de Hamurábi!” – A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, v. 13, 2003, p. 13.

<sup>218</sup> Código de Processo Civil

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

Com esta ideia, a Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE postulou o ingresso, na qualidade de *amicus curiae*, em diversas ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4645, em que se questionava a constitucionalidade da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Em seu memorial, trouxe uma visão econômica dos contratos e sustentou, por exemplo, que “o art. 10 da Lei do RDC prevê a possibilidade de se estabelecer remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, inclusive nas contratações de obras e serviços de engenharia. Portanto, sob a visão da teoria do agente-principal, o modelo de contratação integrada mostra-se, também nesse aspecto, mais eficiente que o modelo determinado pela Lei nº 8.666. O uso da contratação integrada acompanhada da remuneração variável se mostra importante para o êxito deste modelo contratual. Conforme vimos, o menor nível de detalhamento pode gerar menos obrigações aferíveis relativas ao procedimento, mas a remuneração variável impõe melhores obrigações de resultado, obrigando o privado a envidar mais esforços em atendimento às necessidades da Administração”. Seu ingresso foi admitido e, até o presente momento, não houve julgamento final da ação de natureza objetiva.

A entidade também postulou ingresso, como *amicus curiae*, na ADI 5.956, ajuizada pela Associação do Transporte Rodoviário de Cargas do Brasil (ATR Brasil) contra a Medida Provisória (MP) 832/2018, que instituiu a política de preços mínimos do setor; contudo, seu ingresso foi indeferido pelo Relator, Min. Luiz Fux, que, em despacho irrecorrível, entendeu pela admissão do ingresso apenas da Associação Nacional das Empresas de Transportes e Logística (NTC&LOGÍSTICA) e da Confederação Nacional dos Transportadores Autônomos (CNTA), indeferindo todos os demais requerimentos.

---

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

## À GUIA DE CONCLUSÃO: É POSSÍVEL, AO FERRAMENTAL ECONÔMICO, ORIENTAR DECISÕES JURÍDICAS?

Alinhando-nos ao pensamento pragmático-consequencialista, ao longo deste trabalho buscamos analisar se e como a Análise Econômica do Direito pode ser capaz de fornecer respostas diante da insuficiência tanto do “neoconstitucionalismo” quanto da abordagem lógico-dedutiva classicamente utilizada no Direito, bem como em situações de inaptidão dos métodos hermenêuticos para encontrar soluções compatíveis com as demandas da atualidade e a realidade social.

Tendo como suporte teórico a visão de mundo sob as lentes da virada linguístico-pragmática, acolhendo como pressuposto filosófico o antiessencialismo e o (moderado) ceticismo, buscamos nos afastar do relativismo absoluto e dos conceitualismos ao, embora reconhecendo a existência da multiplicidade de possíveis decisões oriundas da abertura semântica das normas, afastar a abordagem do Direito apenas enquanto linguagem.

Conforme salienta Cristiano Carvalho, se existe uma porção da realidade que depende de observadores (como as instituições, o dinheiro, as artes, compondo a chamada ontologia subjetiva), a maior parte dela tem seu modo de existir objetivo<sup>219</sup>. O sistema jurídico, portanto, não seria um “criador” de realidades, no sentido literal da expressão, cabendo a ele, segundo o autor, “reproduzir a realidade em suas normas, seja a realidade objetiva, seja a realidade socialmente construída<sup>220</sup>”.

A linguagem jurídica não é capaz de alterar, *per se*, a realidade material (ou o “mundo 1” de Popper, que trata da matéria e dos objetos materiais<sup>221</sup>), e talvez sua aptidão para alterar a realidade social seja menor do que se imagina. As pretensões legislativas exacerbadas têm, como sanção, a mais completa ineficácia social<sup>222</sup>.

Isto não significa apegar-se à noção de verdade como correspondência ou desconsiderar a plurivocidade de sentidos, mas ir além para, em uma visão deflacionista

<sup>219</sup> CARVALHO, Cristiano. **Ficções Jurídicas no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 17.

<sup>220</sup> *Idem, ibidem*, p. 189.

<sup>221</sup> POPPER, Karl. **Em Busca de um Mundo Melhor**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19 e ss.

<sup>222</sup> Exemplo disto foi a tentativa de, por meio da lei nº 12.605/2012, fazer alterar o costume e até mesmo as regras gramaticais utilizadas para os substantivos comuns de dois gêneros, impondo a flexão de gênero de acordo com o sexo das pessoas diplomadas. Indaga-se: pelo império da lei, “dentista” virará “dentisto”?

do conceito, manter a noção de verdade avaliada no caso concreto, sobretudo como medida acautelatória<sup>223</sup>.

De fato, conforme denota Orlandi, a dispersão dos sentidos e do sujeito é condição de existência do discurso; contudo, para que este funcione, é necessária a aparência da unidade – para ela, como efeito ideológico, condição necessária do imaginário discursivo, de modo que tanto a dispersão quanto a ilusão da unidade são igualmente constitutivas<sup>224</sup>.

Com efeito, as dificuldades inerentes à linguagem já são conhecidas, e nos parece ser preciso ir além da análise semântica para, privilegiando a pragmática, encontrar soluções aos problemas postos ao operador do direito no cotidiano. Nesta tarefa, tal qual na ciência, o ponto de partida é estabelecer um *método*, um caminho a ser trilhado com vistas à obtenção do resultado.

Na hermenêutica jurídica, conforme vimos, a subsunção – apesar das inúmeras tentativas de sua superação pelos acadêmicos pós-modernos – ainda funciona como uma boa ferramenta para solução dos esquemas tradicionais e pouco complexos de *se* → *então*, no que Marcos Bernardes de Mello, remontando à visão de ponteana, descreveu como adequação da norma ao seu suporte fático, operando o fenômeno da incidência (de natureza, para ele, abstrata, inesgotável e infalível)<sup>225</sup>. Com a intenção de conferir maior cientificidade ao Direito, é de Pontes de Miranda a seguinte afirmação:

Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêm (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem<sup>226</sup>.

<sup>223</sup> Neste sentido, CATÃO, Adualdo de Lima. **A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda como Formalização da Decisão Judicial**: a viabilidade da noção de verdade no Direito diante da pragmática wittgensteiniana. Tese (Doutorado em Teoria do Direito - Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Recife, 2009.

<sup>224</sup> ORLANDI, Eni Puccinelli. **As Formas do Silêncio**. No movimento dos sentidos. Campinas: Editora da UNICAMP, 2007, p.19.

<sup>225</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*. Pontes de Miranda distingue o mundo jurídico como o conjunto de fatos que interessam ao Direito. Quando isso ocorre, o fato é assinalado como fato jurídico, dado que houve a incidência da regra jurídica. É o que é chamado processo ou fenomenologia da juridicização. Deste modo, “a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo; Saraiva, 2013, p.71). Nas palavras de Pontes de Miranda, “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas - isto é, normas abstratas - incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 52).

<sup>226</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 13.

Assim, os métodos tradicionais de interpretação jurídica continuam idôneos a resolver a maioria das situações, sendo este, inclusive, o recente e análogo entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao parametrizar a aplicação do art. 489, §2º, do vigente Código de Processo Civil, que positivou o método da ponderação em caso de “conflito entre normas”.

Conforme demonstramos, a ponderação tem seu lugar, para Robert Alexy, seu principal teórico, em parte do que é requerido por um princípio mais compreensivo: a proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), constituída por três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

É neste último subprincípio que se insere, para Alexy, a máxima da ponderação, sopesamento ou balanceamento, a qual, por sua vez, diante da colisão de princípios, também pode ser dividida em três estágios: o primeiro envolve o estabelecimento do grau de não-satisfação ou detrimento ao primeiro princípio; o segundo, no qual se estabelece a importância de satisfazer o princípio concorrente; e o terceiro, no qual se verifica se a importância da satisfação do último princípio justifica a preterição ou não-satisfação do primeiro.

Relacionada a um princípio da interpretação constitucional descrito por Konrad Hesse como princípio da concordância prática, que exige a coordenação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos de tal modo que, ao final, todos tenham preservada sua identidade, também se procurou demonstrar que, a despeito do prestígio obtido pela teoria alexyana, a ponderação é objeto de diferentes abordagens, a exemplo daquelas formuladas por Ana Paula de Barcellos e Humberto Ávila, que admitem, até mesmo, a ponderação de regras.

Analisando as principais críticas dirigidas à ponderação, sobretudo por autores como Friedrich Müller, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Jürgen Habermas, se constatou que o cerne da oposição à sua aplicação reside na suposta falta de objetividade, culminando em subjetividade e irracionalidade do procedimento em razão da *axiologização dos direitos fundamentais*. Apesar disto, não é possível encontrar, no trabalho de seus críticos, alternativas capazes de substituir, na prática, a ferramenta da ponderação como meio para a solução de importantes conflitos normativos havidos, mormente, entre princípios constitucionais de igual estatura.

A despeito disto, os riscos da miscelânea teórica e do abuso na argumentação baseada em princípios de fato existe, exigindo maturidade da comunidade jurídica como um todo para se desincumbir do maior ônus argumentativo necessário ao manejo de um método mais complexo de resolução de conflitos, cuja solução não pode se dar simplesmente afastando, *in totum*, a aplicação de uma das normas colidentes.

Especialmente nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), a abordagem lógico-dedutiva ou as incursões semânticas podem não socorrer o intérprete, mormente pela dificuldade de contrastar o texto legal com a realidade social sobre o qual este atua, auferindo parâmetros palpáveis para a decisão. Vislumbra-se, pois, a necessidade de um método para avaliar as consequências ou, até mesmo, explicitar a *praxis* jurídica, subsidiando, enfim, uma abordagem mais realista do Direito, que tardou a grassar no meio jurídico brasileiro, a despeito de remontar às décadas de 60 e 70 no panorama global.

Neste contexto, se a ponderação deve ser objeto ordenação metodológica, a Análise Econômica do Direito, ferramenta capaz de auxiliar na atribuição de “pesos” e na eleição do princípio preponderante, também merece se submeter ao escrutínio do empirismo sempre que possível, rechaçando conclusões operadas por meio de meras deduções, suposições, ideologias ou opiniões. As hipóteses, afinal, precisam ter implicações empíricas.

Apesar de imperativos econômicos estarem presentes de há muito no direito positivo brasileiro – como vimos com a análise, por exemplo, do mecanismo de “suspensão de segurança” –, a preocupação com as consequências empíricas das decisões judiciais é crescente, tendo orientado uma reforma na pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42). A nova lei fez inserir, no texto da LINDB, os arts. 20 a 30 (com veto ao art. 25), buscando estabelecer regras para preservação da segurança jurídica e da eficiência na aplicação de normas de direito público. Por meio do referido diploma legislativo, foram alterados quatro artigos da Lei que, dentre outros dispositivos, previu que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Entendemos, contudo, ser apressada a conclusão de que as referidas inovações legislativas corresponderiam, de imediato, a uma análise econômica; em nossa visão, os novéis dispositivos vêm consignar o que seria dado a qualquer magistrado que

tenha superado a Escola da Exegese: a necessidade de considerar as consequências práticas de suas decisões. Ademais, consideramos que a demanda legislativa por uma análise mais rigorosa do contexto prático seja uma reação ao abuso das argumentações abstratas, de superfície, com emprego indiscriminado de princípios jurídicos.

O imperativo da decidibilidade, associado à visão econômica, veda o *non liquet* e impõe ao julgador o custo de suas escolhas, que não se resumem unicamente a um reflexo financeiro, mas também moral. Neste sentido, analisamos a correspondência entre “direitos” e “deveres” humanos à luz de importantes conceitos trazidos pela AED, como as escolhas trágicas e os bens de mérito, refutando uma das críticas mais comuns à corrente: a de uma suposta redução dos direitos às questões meramente financeiras, desconsiderando conteúdos axiológicos.

Levando a cabo a proposta pragmatista – e a provação de Holmes de que o Direito é profecia daquilo que os tribunais farão de fato –, analisamos, ainda, o RE 601.314, em que se garantiu acesso ao Fisco a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial, e o 4º Agravo Regimental no Inquérito 4434, que confirmou jurisprudência no sentido da competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns que apresentam conexão com crimes eleitorais, julgados que envolveram considerações consequencialistas e tocaram, em algum momento, em pontos importantes para a Análise Econômica do Direito.

A despeito da constante utilização de argumento fundado em consequências, concluímos não haver, de fato, efetiva tradição ou metodologia voltada à aplicação criteriosa dos preceitos do Direito & Economia, eis que, nos casos analisados, o argumento econômico esteve associado a ilações destituídas de suporte empírico capaz de indicar, de forma mais técnica, as conclusões extraídas da aplicação, por exemplo, de postulados econômicos.

Há, contudo, de pontuais situações em que o Supremo Tribunal Federal efetivamente apresentou dados e se fundamentou neles, a exemplo da *ratio decidendi* constante do voto lavrado pelo Min. Luís Roberto Barroso no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em que se deu interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo fosse interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado.

Encarando a Análise Econômica do Direito como apenas *mais uma* das ferramentas de raciocínio jurídico colocadas à disposição do julgador, apesar de sua relevância, o trabalho procurou demonstrar suas limitações, encontrando obstáculos tanto de ordem interna (inerentes ao método) quanto externa (relativas à sua aplicação).

Sob uma perspectiva interna ou *per se*, demonstramos que as visões econômicas não são unívocas, havendo uma multiplicidade de vertentes e modelos teóricos propositivos, com métodos e pontos de partida distintos, podendo incorrer em resultados também distintos, razão pela qual não se pode professar o credo de que a Economia poderia, enfim, levar o intérprete à “resposta correta”.

Em nossa investigação, depreendemos que o que se tem é a possibilidade de melhorar o juízo acerca das prognoses da aplicação de determinado comando normativo, eis que, neste ponto, esta ciência dispõe de ferramentas já validadas pelas práticas científicas para tanto, podendo, por exemplo, por meio da econometria, coletar dados, analisá-los e descrevê-los sem recorrer, neste ponto, à hermenêutica.

A segunda dificuldade de ordem interna se revela na hipótese de adoção da visão *normativa* do Direito e Economia, que enxerga, na maximização da eficiência, um critério de justiça apto a nortear a decisão judicial. Esta visão é mais problemática porque, não só o conceito de eficiência é também plurívoco (e explicável de diversos modos, como a relação de Pareto ou Kaldor-Hicks), como também sua adoção como critério de justiça não é autoexplicável, eis que a adoção de critérios liberais, comunitaristas, distributivos ou equitativos, por exemplo, vai além da evidência empírica e ingressa na seara ideológica ou retórica – o que não é necessariamente errado, mas sem dúvidas gera um ônus argumentativo adicional ao julgador.

Já as dificuldades externas advêm não da natureza deste tipo de análise, mas das dificuldades em sua implementação. Neste âmbito, é possível elencar a falta de preparo técnico dos profissionais da área jurídica para desenvolver pesquisas desta natureza, pois não só carece aos operadores do Direito um aprofundamento na análise da Economia, mas também o domínio das técnicas de pesquisa jurídica, sobretudo aquelas de caráter empírico.

Como reflexo disto, assim como no processo de ponderação, a utilização do raciocínio consequencialista é pouco sistematizada, associada a uma miscelânea de argumentações e “sincretismos metodológicos”, o que colabora para a confusão e difusão de preconceitos acerca da linha teórica. Mitigando tais efeitos, abordamos a importância do *amicus curiae* para fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa, instrumento já utilizado, por exemplo, pela ABDE – Associação Brasileira de Direito e Economia para levar este tipo de raciocínio ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

O trabalho buscou enfrentar, desta forma, dois pontos relevantes e pouco sistematizados no debate jurídico nacional: a ponderação e a Análise Econômica do Direito, colocando-as em cotejo a fim de perscrutar a possibilidade de sua conjugação. Conforme se demonstrou, a concretização de princípios é um dos grandes desafios do constitucionalismo contemporâneo e, diante da inexistência de método mais eficaz, a solução para os conflitos normativos perpassa por um necessário sopesamento.

A ponderação, de fato, encontra críticas e limitações; contudo, a pretexto de aboli-la, sem saber exatamente o que colocar em seu lugar, corre-se o risco de “jogar o bebê com a água do banho”: renegar os avanços na doutrina constitucional e na hermenêutica contemporânea pela incapacidade de manejá-las com maior rigor metodológico ou, ainda, com o auxílio de ferramentas oriundas das demais ciências sociais, a exemplo da Economia.

## REFERÊNCIAS

### Artigos

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio Cesar. Riscos da Ponderação à brasileira. In: **Revista de Processo**. Vol. 269. Ano 42. São Paulo: RT, julho 2017.

ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption -A Structural Comparison**. Ratio Juris, v. 16, nº 04, 2003.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. Contratos, regulação do mercado e tutela da pessoa. In: **Civilistica.com**. Ano 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/contratos-regulacao-do-mercado-e-tutela-da-pessoa/>> . Acesso em 18 jan 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. “Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações.” In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmiento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 28 Jul. 2018.

CARVALHO, Cristiano. É possível uma “ciência” do direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. (Orgs.) **Direito e Economia em dois mundos: Doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; CATÃO, Adrualdo. (Auto)regulação do mercado, direito concorrencial e análise econômica do direito: é possível uma concorrência perfeita? Revista **Direito & Desenvolvimento**. v. 8 n. 1 (2017).

DWORKIN, Ronald. “Is Wealth a Value?” The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, **Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives**. (Mar, 1980).

JAMES, William. O que significa o Pragmatismo. **Pragmatismo e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Lidador, 1967.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

KRELL, Andreas J. Entre o desdém teórico e a aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: **Revista Direito GV São Paulo**, 10(1), p. 295-320, Jan-Jun 2014.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre Teorias e Espantalhos – Deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord). CAMPOS, Ricardo (Org). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEESON, Peter. An Austrian Approach to Law and Economics, with special reference to superstition. **The Review of Austrian Economics** (2012) 25: 185. <https://doi.org/10.1007/s11138-012-0179-3>.

OLIVEIRA, Luciano. “Não fale do Código de Hamurábi!” – A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)**, v. 13, 2003.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. In: **São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP - Research Paper Series – Legal Studies - Paper n. 117**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

PICKER, Randal C. An Introduction to Game Theory and the Law. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22**, 1994.

POSCHER, Ralf. Teoria de um Fantasma – A malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord). CAMPOS, Ricardo (Org). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63-93.

POSNER, Richard A. The Law and Economics of Contract Interpretation. **Texas Law Review**. Vol. 83, 2004.

REGINATO, Vitor Gomes; REGINATO, Franco Gomes; PARRÉ, José Luiz. O Instituto Penal da Colaboração Premiada e a Teoria do Jogos. In: **EALR**, V. 9, nº 2, p.123-142, Maio-Agosto, 2018.

RÜCKERT, Joachim. **Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional**. Tradução de Thiago Reis. São Paulo: Revista Direito GV, V. 14 N. 1, p. 240-267, Jan-Abril 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia**. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/salama-artigo.pdf>. Acesso em: 03.ago 2018.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro**. V. XII, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Ponderação e objetividade na interpretação constitucional**. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação**. Racionalidade e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação**. Racionalidade e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

ULEN, Thomas S. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. (Orgs.) **Direito e Economia em dois mundos: Doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

## Livros

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª Ed São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALVES, André Azevedo; MOREIRA, José Manuel. **O que é a Escolha Pública?** Para uma análise econômica da política. Cascais: Principia, 2004.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERG, Sanford V. **Glossary For The Body Of Knowledge On The Regulation Of Utility Infrastructure And Services** - Developed for The World Bank. Florida: 2005.

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven and London: Yale University Press, 2016.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**. The Fels Lectures On Public Policy Analysis. New York: WW Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo Judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO, Cristiano. **Ficções Jurídicas no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5ª ed. São Paulo: Bookman, 2010.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. 2ª Ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. Teoria e Prática. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2005.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública – Estrutura, função e controle judicial**. Maceió: Edufal, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZOLLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justiça Para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2016.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 11ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao Estado do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livres Para Escolher**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and Methods of Law and Economics**. Basic Tools for Normative Reasoning. New York: Cambridge University Press, 2005.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **Dimensão Objetiva do Direitos Fundamentais**. Parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why liberty depend on taxes. New York: Norton & Company, 1999.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. (Obra em domínio público – disponível em <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>).
- \_\_\_\_\_. Oliver Wendell. **The Path of the Law** (Obra em domínio público – disponível em [www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br)).
- HUME, David. **Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2ª ed. São Paulo: UNESP, 2009.
- IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KUNH, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MACKAAY Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- NABAIS, José Casalta. **Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. **As Formas do Silêncio**. No movimento dos sentidos. Campinas: Editora da UNICAMP, 2007.
- PERELMAN, Chaïm; OLDBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A Nova Retórica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- POPPER, Karl. **Em Busca de um Mundo Melhor**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- POSNER, Richard. A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Para além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, Versão Eletrônica.

- ROSA, Alexandre Morais da. **A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Rei dos Livros, 2015.
- ROTH, Alvin E. **Como Funcionam os Mercados – A nova economia das combinações e do desenho do mercado**. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.
- SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOMBRA, Laurenio Leite. **Nas fronteiras de Wittgenstein – diálogos com o pragmatismo e a hermenêutica filosófica**. Brasília: UnB, 2012.
- TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- TIROLE, Jean. **Economics For The Common Good**. Translated by Steven Rendall. New Jersey: Princenton University Press, 2017, e-book.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. 2ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.
- ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. 3ª Ed. SP: Edusp, 2008.

## Outros

- BRASIL. **AgReg no RE 477554**. STF. Julgado em 16/08/2011.
- \_\_\_\_\_. **ADPF 54 / DF**. STF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julg. em 12/04/2012, DJe de 30/04/2013.
- \_\_\_\_\_. **ADI 4.650/DF**. STF. Julgado em 17/09/2015.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337 AgR/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2011.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança nº 1.185/PA**, Rel. Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 4/8/1998.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Segurança 2.367/RN**, Corte Especial, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJe de 14/09/2010.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança 4042 AgR/SP**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt na SS 2973 MT 2018/0181950-6**, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 03/12/2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1765579 SP 2017/0295361-7**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 05/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/02/2019.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda como Formalização da Decisão Judicial**: a viabilidade da noção de verdade no Direito diante da pragmática wittgensteiniana. Tese (Doutorado em Teoria do Direito - Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Recife, 2009.

GIANNETTI, Eduardo. **O Indivíduo no Fio da Navalha**. Entrevista concedida à Folha de São Paulo em 23 out 2005. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2310200507.htm>, Acesso em: 289 dez 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O jardim das veredas que se bifurcam e a Análise Econômica do Direito no Brasil. **JOTA**. 01/06/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-jardim-das-veredas-que-se-bifurcam-e-a-analise-economica-do-direito-no-brasil-01062018>. Acesso em: 15 set 2018.

POMPEU, Ana. Ministros debatem relação entre Direito e Economia no Plenário do Supremo. 14 de março de 2019. In: **Conjur – Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-18/leia-voto-marco-aurelio-crimes-comuns-justica-eleitoral> Acesso em: 02 abril de 2019.

STRECK, Luis Lênio. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! In: **Conjur – Consultor Jurídico**. 08 de janeiro de 2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta](http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta) Acesso em: 02 de abril de 2019.