

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA E NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN CONTEMPORARY LEGAL HERMENEUTICS
AND THE DECISIONS OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Adrualdo de Lima Catão

Mariana Oliveira de Melo Cavalcanti

RESUMO

Sob o pressuposto teórico desenvolvido por Richard Posner e Oliver Wendell Holmes Jr., a pesquisa adentra o âmbito da Análise Econômica do Direito – também chamada de Direito e Economia – através de uma perspectiva pragmática, tendente a avaliar o processo de produção e aplicação normativa segundo as consequências geradas por estes na sociedade. Demonstra que a Análise Econômica do Direito pode ser um instrumento a fim de reduzir a discricionariedade – ou mesmo seu abuso, a arbitrariedade – do julgador, afinal, enxerga as consequências econômicas e sociais geradas pelo ato decisório. Neste passo, adentra a problemática da colisão de direitos fundamentais, em que se verifica uma incomensurabilidade entre os princípios, os quais albergam valores heterogêneos e, portanto, não hierarquizáveis, rechaçando uma ideia de ponderação com base em critérios como “pesos abstratos”. Na perspectiva empírica, pretende avaliar o real uso da Análise Econômica do Direito no Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar a congruência do discurso aplicado neste tribunal com aquele construído teoricamente pela doutrina associada ao tema. Por derradeiro, a pesquisa se prontifica a verificar se a Análise Econômica do Direito seria um instrumento válido para orientar a decisão judicial, bem como perscruta se os argumentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal que, teoricamente, se baseariam na Análise Econômica, de fato convergem para os pressupostos teóricos e doutrinários pugnados por esta corrente, não resvalando em mais um discurso vazio e carente de sustentação filosófica e jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: PRAGMATISMO JURÍDICO; ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; HERMENÊUTICA JURÍDICA; DECISÃO JUDICIAL; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

Under the theoretical assumption developed by Richard Posner and Oliver Wendell Holmes Jr., the research enters the framework of the Economic Analysis of Law - also called Law and Economics - through a pragmatic perspective, aiming to assess the process of production and application of the norms according to the consequences generated by them in society. The research demonstrates that the Economic Analysis of Law can be an instrument in order to reduce discretion - or even its abuse by the judge, after all, it sees the economic and social consequences generated by the act of deciding. At this point, it enters the problem of the collision of fundamental rights, on which is possible to verify an incommensurability

between the principles, which host heterogeneous values and, therefore, can not be ranked in order, rejecting an idea of weighting based on criteria such as "abstract weights". In empirical perspective, the research intends to evaluate the actual use of the Economic Analysis of Law in the Supreme Court in order to check the congruence of the speech applied in this court with the one theoretically constructed by the doctrine associated with the theme. For the last, the paper aims to verify if the Economic Analysis of Law would be a valid instrument to guide the court decision, as well as it scrutinizes if the arguments adopted by the Supreme Court which, theoretically, would be based in the Economic Analysis, in fact converge to its theoretical and doctrinal assumptions, no more slipping on another empty speech devoid of philosophical discourse and legal support.

KEYWORDS: LEGAL PRAGMATISM; ECONOMIC ANALYSIS OF LAW; LEGAL HERMENEUTICS; JUDICIAL DECISION; SUPREME FEDERAL COURT.

À GUIZA DE INTRODUÇÃO – A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito é uma corrente que se destaca nos dias atuais, sobretudo em um cenário de crise hermenêutica pós-positivismo. Uma vez questionado o voluntarismo absoluto da decisão judicial, levantado por Kelsen no contexto anterior à Segunda Guerra Mundial, coloca-se como questão relevante o traçado de limites à discricionariedade do juiz, a qual resta indubitavelmente latente nas interpretações dos textos normativos, dado o caráter não-essencialista da linguagem.

Afastando-se das teorias voluntaristas, a hermenêutica atual pretende restringir, de forma máxima, a discricionariedade do juiz, embora a reconheça dentro de certos limites. Neste contexto, surge como alternativa e método à análise do Direito o Pragmatismo Jurídico, o qual, reconhecendo-o da forma como este se perfaz na sociedade – ou seja, através das decisões dos tribunais -, propõe-se a analisar a matéria de modo concreto, fugindo das abstrações teóricas inaplicáveis.

O Pragmatismo guarda semelhança com o utilitarismo, afinal, ambos atentam para as consequências determinadas pelas ações – ou, no caso, decisões -. Entretanto, a doutrina propagada por John Stuart Mill, aplicada às últimas consequências, negligencia direitos fundamentais em prol da maximização do bem-estar. No entanto, como herdeira do Utilitarismo, surge a Análise Econômica do Direito, a qual se funda não na maximização do bem-estar, mas na maximização de riquezas fundada na ideia de eficiência, verificando o fato

de que os indivíduos se orientam, em suas decisões pessoais, da mesma forma com que se orientam no trato econômico, i.e, obedecendo a postulados racionais.

A Economia, portanto, não serviria apenas como referencial de previsibilidade do comportamento das pessoas quanto à obtenção e alocação de recursos escassos, mas ajudaria a identificar resultados não necessariamente mercadológicos decorrentes de uma norma formulada em sede de decisão judicial. Assim se posiciona Richard Posner, maior expoente da corrente *Law and Economics* na atualidade:

Creio ser implausível e anti-intuitiva a visão de que os processos decisórios de um indivíduo são totalmente compartimentados, a ponto de este agir racionalmente quando realiza uma compra qualquer e irracionalmente quando decide cursar uma faculdade de direito, ou quando decide casar-se, sonegar impostos, ter três filhos em vez de dois ou mover uma ação judicial contra alguém.¹

Em breve exemplo, isto quer dizer, no Direito, que, ao se cominar uma pena para o homicídio (matar alguém) igual à do latrocínio (roubo associado à morte), deixar-se-á impune a lesão ao patrimônio praticado no segundo, bem como o intento torpe de matar com o fim de roubar. Da mesma forma, na esfera particular, o indivíduo trava as portas de seu veículo para *aumentar os custos suportados* pelo infrator caso este queira arrombá-lo, seguindo a lógica de que o delinquente seguirá um juízo de vantagem/desvantagem do delito.

A relevância do argumento econômico é notória tanto na formulação de política legislativa quanto nas decisões judiciais, de modo que o trabalho pretende analisar sua legitimidade, suas limitações e, sobretudo, sua aplicabilidade, sobretudo diante de casos em que são colidentes direitos e garantias fundamentais, abordando, especificamente, os casos julgados na ADPF 45/DF (relatoria do Min. Celso de Mello), no RE 393.175/RS (relatoria do Min. Celso de Mello) e na STA 278-6/AL (relatoria do Min. Gilmar Mendes) e o RE 407.688-8 (relatoria do Min. Cezar Peluso).

Destarte, o pragmatismo, consolidado no Direito através do realismo jurídico, é trazido como método para se mensurar as dimensões da Análise Econômica do Direito, bem como sua aplicabilidade e legitimação, mormente em casos controvertidos em que haja a colisão de direitos fundamentais, cujas soluções apontadas por autores como Robert Alexy se fundamentam sobremaneira em uma justificação ontológica.

Seguindo esta linha, pretende-se alcançar não só um panorama teórico, mas um encontro dialético entre Economia e Direito, subsidiado pela filosofia pragmatista, a qual demanda a associação do estudo ao âmbito prático; afinal, o Direito reside na realidade,

¹ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 05.

perfazendo-se através das decisões tomadas pelos intérpretes autênticos dos textos normativos, os quais “dizem o Direito” no caso concreto.

1. A ABERTURA SEMÂNTICA NORMATIVA E A DECISÃO JUDICIAL

A revolução na hermenêutica jurídica proporcionada pelo giro lingüístico-pragmático levou, atualmente, à inadmissão da abordagem do processo de decisão judicial como mero instrumento de aplicação subsuntiva, pelo juiz, das normas vigentes no ordenamento jurídico. A lógica silogística se mostrou insuficiente ao Direito, uma vez que, conquanto coerente internamente, não é possível afirmar se tal coerência subsiste no plano externo, posto que questionável a “verdade” das premissas – que não estão dadas, mas são, também, construídas -, dentre outras limitações.

A aplicação do Direito, portanto, não corresponde a um processo automático ou por correspondência: sobre o texto, impõe-se uma interpretação, de forma que a norma assume um caráter construído de sentido, não sendo possível tratar o processo decisório como mera descoberta ou revelação de algo intrínseco. Do mesmo modo, quer deixar de lado as teorias do Direito que o analisem apenas sob a perspectiva formal-estrutural, sem atentar para o conteúdo inerente às normas jurídicas². Faz-se necessário ir além, a fim de limitar o campo propício ao exagero interpretativo.

Entretanto, o maior entrave colocado à averiguação de conteúdo reside, justamente, no próprio texto. Afastando a filosofia enquanto “espelho da natureza³” e a linguagem como representação da realidade, surge como obstáculo, aos operadores do direito, o fato de que a linguagem na qual são vertidos os textos normativos se reveste, muitas vezes, de ambiguidade e vagueza, mormente quando utilizada em contextos fáticos diversos. Disto decorre, naturalmente, uma abertura semântica das normas vigentes no ordenamento jurídico, a qual tende a gerar obscuridades a serem sanadas pelo aplicador do Direito.

Estas obscuridades, lacunas e imprecisões inerentes aos textos legais acentuam o âmbito de discricionariedade do julgador, culminando em um cenário de insegurança jurídica para os jurisdicionados, dos quais o Estado tolheu, em regra, a iniciativa de dirimir conflitos segundo sua autotutela⁴. As nuances da interpretação jurídica são tão diversificadas que

² É inegável que a teoria kelseniana revolucionou o pensamento jurídico contemporâneo; entretanto, pensar o Direito hoje implica considerar o conteúdo normativo, desiderato alheio àquilo que se propunha a teoria do autor tcheco. Comenta Mario Losano: “Os pontos de partida de Hans Kelsen – relativismo ético, irracionalidade dos valores, neutralidade da ciência – levaram-no a evitar ocupar-se dos fins que o direito pode perseguir: para ele, o direito é uma técnica para o controle social que persegue o fim que vez por vez a ele é assinalado por quem detém o poder coercitivo, ou seja, pelo Estado” (in BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito** Barueri: Manole, 2007, p. XLIII).

³ Designação trazida por Richard Rorty em sua obra mais conhecida, *Philosophy and the mirror of nature* (“A Filosofia e o espelho da natureza”).

⁴ Conduta que configura crime, tipificado no art. 345 do Código Penal Brasileiro (Exercício arbitrário das próprias razões).

Richard Posner chega a considerar tal termo prescindível, posto que sem utilidade para disciplinar a investigação jurídica - o que consideramos um exagero, embora seja desejável sua tentativa de deflacionar a importância da análise semântica a fim de privilegiar a pragmática⁵ -.

De fato, até mesmo a ideia kelseniana de identificação da norma como resultado da interpretação engendra o prolongamento desta ao infinito, o que, em última análise, faz do processo de aplicação jurídica uma mera questão interpretativa. Deve-se ter em mente, sobretudo, que o Direito visa a fins, sendo imposto, ao juiz, o dever de decidibilidade. A supervalorização da análise semântica gera o perigo de lançar o aplicador a uma persecução eterna do sentido a ser construído, de forma que a norma, uma vez construída pela interpretação, se transformará em texto, o qual sofrerá uma nova interpretação, e assim por diante. Cria-se, assim, um verdadeiro “labirinto interpretativo”.

Se por um lado, portanto, é rechaçada a visão do Direito enquanto processo subsuntivo, por outro, ao reconhecer a atividade criativa do juiz, mas abdicar de qualquer verificação de conteúdo, incorremos no total irracionalismo. A teoria do Direito, atualmente, se encontra diante desta tensão, tendo que procurar um equilíbrio na tênue relação entre liberdade funcional e imposição de limites à atividade do juiz.

Desde o segundo⁶ Wittgenstein, engendra-se uma linha filosófica capaz de auferir critérios como verdade, justiça e racionalidade sem recorrer ao que chamaremos de capitulação destes vocábulos finais⁷: Verdade, Justiça, Racionalidade. Capitulados, estes

⁵ Nos termos de Posner: “A comunicação funciona, comprovadamente, e leis e dispositivos constitucionais são tentativas de comunicação. Frequentemente, porém, ao lidar com leis e com a Constituição os canais de comunicação vêm-se obstruídos, e quando isso acontece o conceito de interpretação torna-se excessivamente vago e impreciso para disciplinar a investigação jurídica. Vemos isso quando perguntamos qual o *objetivo* da interpretação jurídica e descobrimos que não existe resposta consensual à pergunta e nenhum meio racional de forçar um acordo, que tudo depende da teoria política do intérprete. Melhor seria que descartássemos o termo ‘interpretação’ e enfocássemos diretamente as conseqüências das aplicações propostas dos dispositivos legais e constitucionais a litígios específicos”. in POSNER, Richard. **Problemas da filosofia do direito** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 611. Tratar as limitações da interpretação foge ao objetivo deste trabalho; entretanto, pretendemos enfrentar o tema em artigo a ser publicado.

⁶ 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.

⁷ Na definição de Richard Rorty, “ele [este tipo de vocabulário] é ‘final’ no sentido de que, se for lançada uma dúvida sobre o valor dessas palavras, seu usuário não disporá de nenhum recurso argumentativo que não seja circular. Tais palavras são o mais longe que podemos ir com a linguagem; para além delas, existem apenas a passividade desamparada ou o recurso à força”. in RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins, 2007, p. 133.

termos remontam à existência de uma essência universal, cuja busca caracteriza a finalidade maior da filosofia clássica, de tradição platônico-kantiana. Entretanto, perseguir a descoberta de tais essências não só levará ao fértil terreno da metafísica, como também pode resvalar em uma perigosa retórica limitadora da liberdade ao se definir, de modo perpétuo, acepções correspondentes à verdade ou a racionalidade.

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 Nietzsche⁸”, 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,

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 observable consequences rather than by their logical antecedents – advocated, in other words, an extension of the scientific method into all areas of inquiry⁹.

Refletindo este entendimento, Richard Rorty espalhou em suas obras a noção de que, para os pragmatistas, ‘verdade’ seria apenas o nome de uma propriedade que todas as afirmações verdadeiras partilham¹⁰. Ou seja, é-nos possível determinar a “verdade” em um contexto comunicacional próprio, de modo que seria de todo irracional questionar-se quanto à veracidade ou exigir provas de uma afirmação como “é impossível, a um homem, engolir um elefante inteiro”. Contudo, a verdade enquanto abstração ôntica – “Verdade”, é um vocabulário tal que os pragmatistas prescindem. Desta maneira,

Dizer que não existe natureza intrínseca não é dizer que a natureza intrínseca, surpreendentemente, revelou-se extrínseca. É dizer que a expressão “natureza intrínseca” é tal que melhor seria não a utilizarmos: é uma expressão que mais tem causado problemas do que demonstrado valor. Dizer que devemos abandonar a ideia da verdade como algo que está aí, à espera de ser descoberto, não é dizer que descobrimos que não existe verdade alguma¹¹.

Assim como se dá com a verdade, elevar noções como a racionalidade a um patamar transcendente se mostra incompatível com uma visão pragmática do Direito. É retórica, portanto, uma fundamentação judicial que remonte, por exemplo, à “razoabilidade” sem

⁸ POSNER, Richard. A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 231. No original, “[...] [the Pragmatism] antecedents reach back to the Sophists and Aristotle and less remotely to Hume, Mill, Emerson, Hegel, and Nietzsche”.

⁹ *Idem, ibidem*. Em tradução livre: 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 consequências observáveis e não por seus antecedentes lógicos - defenderam, em outras palavras, uma extensão do método científico para todas as áreas de investigação.

¹⁰ Cf. RORTY, Richard. **Consequências do Pragmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

¹¹ RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins, 2007, p. 33.

realizar qualquer incursão nas particularidades do caso concreto ou justificar a aplicação de determinada norma. Isto se dá recorrentemente como resultado da má-aplicação dos princípios jurídicos, cujo elevado festejo, em nosso país, terminou por legitimar a prática decisória sem fundamentação sólida – muitas vezes, mero simulacro da subjetividade.

Em que pese o dissenso na distinção entre regras e princípios, não se pode negar a carga normativa destes últimos, em muito consolidados expressamente no próprio texto constitucional¹²; entretanto, assim como a “Razoabilidade” não subsiste abstratamente, apenas podendo ser encontrada diante do caso concreto, os princípios também se submetem ao crivo da justificação, em necessário cotejo junto às regras e as circunstâncias fáticas.

Se é inevitável a textura aberta de determinadas normas jurídicas, a fim de conferir plasticidade e adaptabilidade ao ordenamento jurídico, o excesso da argumentação principiológica direciona o Direito ao sentido oposto, qual seja, o de desprestigiar a segurança jurídica e, por fim, 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. 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 intersticial¹³.

Considerar, na linha de Holmes, que as leis são profecias daquilo que os tribunais farão de fato¹⁴, reforça, sobremaneira, 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 produz efeitos além de direcioná-lo, oferecendo opções dentre as quais pode escolher. Tem-se, como efeito disto, a existência

¹² Por exemplo, art. 37 CF/88: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

¹³ POSNER, Richard. **Problemas da 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).

¹⁴ “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)

de normas jurídicas construídas tão-somente pela jurisprudência como, por exemplo, o recente aval do Supremo Tribunal Federal à união estável homoafetiva¹⁵, permissão “literalmente” ausente nos textos legais.

Convém, destarte, conferir maior objetividade à aplicação, sobretudo, de normas de elevado caráter axiológico, rechaçando critérios subjetivos à aferição, por exemplo, dos “pesos” dos princípios, a fim de preservar tanto a segurança jurídica quanto o próprio Estado democrático de Direito, evitando a submissão dos indivíduos a decisionismos e arbitrariedades no âmbito do Poder Judiciário.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO BALIZA À DECISÃO JUDICIAL

O estudo da Análise Econômica do Direito, a qual se funda na verificação de que os indivíduos se orientam, em suas decisões pessoais, da mesma forma com que se orientam no trato econômico, i.e, obedecendo a postulados racionais, se mostra relevante na atualidade, especialmente com o aumento do prestígio do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”.

Em face disto, a Economia não serviria apenas como referencial de previsibilidade do comportamento das pessoas quanto à obtenção e alocação de recursos escassos, mas ajudaria a identificar resultados não necessariamente mercadológicos decorrentes de uma norma formulada em sede de decisão judicial.

Nesta esteira, por exemplo, no caso de colisão de princípios, poder-se-ia avaliar a precedência de um princípio sobre o outro não através de análises que considerem seus “pesos abstratos”, como propunha Alexy, mas a partir das repercussões geradas pela decisão judicial, calculadas a partir de uma lógica de eficiência. Tem-se em vista, pois, que 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 questão¹⁶. Quanto a este ponto, expõe Basile Christopoulos:

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

¹⁵AgReg no RE 477554, julgado em 16/08/2011.

¹⁶Manifestando-se neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de proteger o direito à moradia e facilitar as locações por indivíduos hipossuficientes, confirmou a expropriabilidade (penhora) do bem de família do fiador, no RE 407.688-88/SP.

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 consideravelmente¹⁷.

A partir de tais premissas, percebe-se que a literatura da Análise Econômica do Direito é fortemente influenciada pela corrente pragmatista, pois adota a noção falibilista do Direito e confere grande importância às consequências geradas pela decisão na sociedade. Entretanto, assumem relevo, para a Análise Econômica, as consequências geradas no tocante à maximização de riqueza, partindo-se do pressuposto de que é possível aplicar o raciocínio regente da Economia às relações sociais. Richard A. Posner é explícito ao afirmar:

O direito é funcional, não expressivo ou simbólico quer em aspiração, quer – na medida em que assim se afigura até o momento – em efeito. Portanto, nas áreas em que a função social é a alocação eficiente de recursos, o direito segue apropriadamente o exemplo da economia¹⁸.

Deve-se frisar, no entanto, que não se pode reduzir a Análise Econômica do Direito a um utilitarismo, embora haja pontos de contato entre ambas as correntes. A Análise Econômica do Direito, na linha de Richard Posner, privilegia a *maximização da riqueza* (eficientismo econômico) em detrimento da *maximização do bem-estar* compreendido nas satisfações individuais, dissociando-se do critério sustentado pelo utilitarismo clássico segundo o qual “o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade¹⁹”, acumulada por todos os seres sencientes – capazes de sentir dor ou prazer - da sociedade.

Além das limitações inerentes ao cálculo da “felicidade” ou do “bem-estar”, bem como a definição dos sujeitos cuja “felicidade” é relevante, o maior problema acarretado pelo modelo utilitarista é a redução, do Direito, a um mero instrumentalismo. Sobre isto, exemplifica Posner:

Se a maximização da felicidade depender de que as pessoas possam ter propriedades, casar-se com quem bem entenderem, mudar de emprego, e assim por diante, o utilitarista garantirá a elas esses direitos. Mas, se for possível aumentar a felicidade tratando-se as pessoas cada vez mais como carneiros, então os direitos vão desaparecer completamente. Não parece que as pessoas se sintam mais felizes sob regimes totalitários que sob os democráticos, mas, caso se sentissem, o utilitarista coerente teria de apoiar o totalitarismo²⁰.

Embora se diferencie do Utilitarismo, a Análise Econômica não restou imune a críticas no âmbito da Ética. Isto porque se, para o Direito, a abordagem estritamente analítica

¹⁷ CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública – Estrutura, função e controle judicial**. Maceió: Edufal, 2011, p. 152.

¹⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 615.

¹⁹ POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.59.

²⁰ *Idem, ibidem*, p.68.

se revelou insuficiente, posto que desprovida de uma ética valorativa²¹, Posner, em um momento inicial – mais 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 riqueza²²”.

Entretanto, posteriormente, Posner mitiga essa abordagem radical, adotando uma postura mais voltada para o pragmatismo. 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.²³

Assim, esta questão perpassa a diferenciação entre Economia Positiva e Normativa, sendo a primeira referente à maximização de riqueza como forma de mensuração das repercussões da decisão judicial e, portanto, de caráter descritivo, e a segunda ligada à utilização deste conceito como um fundamento para uma teoria da Justiça, tendo um viés mais prescritivo e, por isto, recebendo maiores críticas.

Feita esta brevíssima distinção, percebe-se que, inicialmente, Posner acatava, sem ressalvas, à dimensão normativa da Análise Econômica do Direito, tendo, nas obras subseqüentes, deflacionado seu âmbito de atuação em face das questões políticas e morais, mas sem deixar de reconhecer sua importância para o Direito. Contudo, o mérito da maximização da riqueza como fundamento para uma teoria da Justiça sobeja o tema deste trabalho, embora seja relevante tratar, ainda que sucintamente, deste ponto controverso da Análise Econômica, a fim de reconhecer, também, os seus limites.

²¹ 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 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.

²² 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.set.2011.

²³ POSNER, Richard. **Para além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.427.

3. UMA QUESTÃO (TAMBÉM) DE CONSEQUÊNCIAS – A DECISÃO PRAGMÁTICA E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A aplicação das normas jurídicas – estando, nesta classificação, incluídos os princípios -, entendida como um processo criativo do juiz, não pode se limitar ao cotejo entre conceitos, dissociados de uma análise prática e das circunstâncias do caso concreto. O Direito serve, sobretudo, para *resolver problemas*, tendo, conforme já exposto, um caráter eminentemente funcional. Averso ao formalismo jurídico, se posiciona Posner:

O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A idéia 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*²⁴.

A preocupação trazida pela Análise Econômica do Direito é relevante e atual, especialmente em um cenário de instabilidade econômica nos maiores blocos mundiais e de questionamento da função do juiz, mormente quando 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):

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 elect²⁵.

²⁴ *Idem, ibidem*, p 421.

²⁵ *in* HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law** (Obra em domínio público – disponível em www.dominiopublico.gov.br) Em tradução livre: “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”.

A lucidez de Holmes já antevia o que, posteriormente, tomaria maior repercussão com a figura de Ronald Coase, o qual, em seu *The Problem of Social Cost* (“O problema do Custo Social”, publicado em 1960), já criticava a abordagem clássica dos conflitos, deixando claro que a proteção dos direitos de um indivíduo, necessariamente, implicava restrição aos de outrem, de forma que o ponto principal reside em saber como evitar o maior dano²⁶.

Apesar disto, a Análise Econômica do Direito não é citada expressamente nas decisões dos Tribunais Superiores, embora, não raras vezes, seus julgamentos se fundamentem em argumentos de cunho econômico. Entretanto, o maior entrave à adoção de uma lógica consequencialista, por parte do Supremo Tribunal Federal, reside justamente na adoção de uma perspectiva ontológica para os direitos fundamentais, sem, contudo, enfrentar, na prática, o problema da não-concretização destes direitos, limitando-se a consagrá-los como de necessária eficácia, como no RE 393.175 RS, de Relatoria do Min. Celso de Mello, em que este consignou:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), **entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.** O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um **dever de prestação positiva** que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, **em plenitude**, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. (Grifo nosso)

No Supremo Tribunal Federal, é possível perceber que a utilização de argumentos econômicos a fim de afastar as prestações advindas dos direitos fundamentais está comumente associada à utilização do argumento da “reserva do possível”, concluindo que seus condicionamentos “traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a

²⁶ É o texto de Coase: “The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm”. (in COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), p. 1-44. Em tradução livre: “A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que tem de ser feita. A questão é comumente considerada como aquela em que A inflige danos a B e o que tem de ser decidido é: como devemos coibir A? Mas isso é errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o dano a B seria infligir danos a A. A verdadeira questão que tem de ser decidida é: A deve ter permissão para prejudicar B ou B deve ser permitido para prejudicar A? O problema é evitar o dano mais grave”).

existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas²⁷”.

Assim, a análise comumente efetuada pelo STF privilegia o antecedente (por exemplo, a disponibilidade financeira) em detrimento do consequente (também a título de exemplo, o desequilíbrio financeiro e o aumento na demanda), de modo que não se pode vislumbrar, naquele Tribunal, a realização de uma análise econômica de suas decisões. Embora, no RE 407688-8 (Rel. Min. Cesar Peluso), o Tribunal tenha entendido pela impenhorabilidade do bem de família do fiador fundamentando seu entendimento no argumento principal de que não aceitar a penhora do bem de família do fiador tornaria o contrato de aluguel menos atrativo para os proprietários de imóveis e, portanto, mais caro para os locatários, tal análise, embora consequencialista, não se coaduna com a AED, dado que se baseou em uma mera presunção, que também poderia ser realizada para direcionar o julgamento para o provimento contrário.

Naquela oportunidade, o Ministro Cezar Peluso concluiu que “castrar essa técnica legislativa [a penhora do imóvel do fiador], que não pré-excluiu ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.

De fato, é inegável que a argumentação utilizada pelo relator foi de cunho consequencialista; no entanto, a relação entre causa e consequência apontada por ele não pode ser tomada como a correta ou mesmo a única possível, uma vez que se poderia 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.

Assim, se o argumento essencialista, fundado na ontologia, revela-se insuficiente à resolução dos problemas que se apresentam ao Poder Judiciário, bem como a uma satisfatória justificação das decisões, deve-se atentar para o risco de utilizar o pensamento consequencialista de forma infundada, sem a necessária correlação empírica demandada tanto pela Análise Econômica do Direito quanto pelo Pragmatismo Jurídico.

Deste modo, embora venha crescendo como corrente doutrinária no Brasil e no mundo, a Análise Econômica do Direito ainda não é tratada de forma inequívoca pelo

²⁷ ADPF 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello

Tribunal Constitucional, cujo parâmetro de decisão, embora atente para as conseqüências, ainda se fundamenta preponderantemente sobre argumentos essencialistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que adotar uma teoria pragmática do Direito desvencilha o aplicador da opção entre o rigor e a austeridade científica do positivismo em contraponto com o imperativo de um fundamento moral pugnado pelo jusnaturalismo. 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 à análise de seus fins. Do mesmo modo, também se rechaça uma abordagem associada ao essencialismo, a qual não se compatibiliza com os postulados pragmáticos de empirismo, ceticismo para com as “Verdades” (relativismo epistemológico), antidogmatismo e experimentalismo.

Alocando recursos, as decisões judiciais claramente interferem na economia, também sendo capazes de gerar externalidades negativas e, em prol de um benefício individual, prejudicar toda a coletividade, sobretudo em decisões fulcradas em princípios fundamentais, normas revestidas de inequívoca abstração e generalidade. Além disto, constata-se que o Judiciário brasileiro, embora decida com base em fundamentos econômicos, não se utiliza dos postulados próprios da Análise Econômica do Direito, realizando uma “ponderação” superficial entre o direito fundamental e o “interesse secundário” (financeiro) do Estado, conforme se verifica nas decisões analisadas na ADPF 45/DF (relatoria do Min. Celso de Mello), no RE 393.175/RS (relatoria do Min. Celso de Mello) e na STA 278-6/AL (relatoria do Min. Gilmar Mendes).

A matéria merece ser abordada tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais Superiores, uma vez que, à luz dos postulados do Direito e Economia, condenar o Estado, com fulcro no direito fundamental à vida, a custear, por exemplo, um medicamento experimental, importado e de alto valor não fornecido pelo Sistema Único de Saúde, geraria um impacto no orçamento público, impossibilitando a aplicação do recurso a fim de suprir carências básicas no âmbito da saúde, além de tornar pouco atrativa a possibilidade de a indústria farmacêutica oferecer o produto a menor custo.

Não obstante, a Economia mostra que o mercado ainda tende a internalizar tais externalidades, embutindo as prováveis perdas econômicas decorrentes de decisões judiciais no próprio valor do bem ou serviço, de forma que tais considerações demonstram o perigo da

atuação do juiz como criador de políticas públicas, usurpando uma função que seria, precipuamente, do Executivo. Assim como na hipótese supracitada, a revisão de contratos – mitigação ao *pacta sunt servanda* –, em vez de favorecer a função social destes e privilegiar princípios constitucionais pode, se má-utilizada, onerar ainda mais a parte hipossuficiente, acentuando o abismo econômico e, sobretudo, social.

Embora encontre limitações, esta abordagem consequencialista também é um fator a ser considerado no momento da decisão judicial, além de ser um meio para se superar a incomensurabilidade *a priori* entre os princípios. A Análise Econômica do Direito tem, portanto, um vasto campo para seu desenvolvimento, mormente quando se considera, pragmaticamente, que o Direito deve funcionar para resolver conflitos da melhor maneira possível – o que, para a Economia, significa dizer: da forma mais eficiente.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 2ª Ed São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 De Dezembro de 1940. Código Penal. in SENADO FEDERAL. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 393175 AgR /RS. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EA>>

CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd/>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. STA 275 AgR /CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+275%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+275%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nabl4kb/>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 407.688-8/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+407688%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+407688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4f2nul/>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1950-3/SP. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1950%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1950%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a4cqvk4/>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2014.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost.** *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), p. 1-44.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Despesa Pública – Estrutura, função e controle judicial.** Maceió: Edufal, 2011, p. 152

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law** (Obra em domínio público – disponível em www.dominiopublico.gov.br).

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____, **Para além do Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____, **Problemas da filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, **Contingência, ironia e solidariedade.** São Paulo: Martins, 2007.

_____, **Consequências do Pragmatismo.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____, **How Judges Think.** Cambridge: Harvard University Press, 2008.

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 set.2013.