

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DECISÃO JUDICIAL: INTERCRUZAMENTO ENTRE SUB-JUÍZO DE NECESSIDADE E ARGUMENTO ECONÔMICO

Cláudio de Oliveira Santos Colnago¹

Vitor Seidel Sarmiento²

Fecha de publicación: 01/01/2015

LAW, ECONOMICS AND JUDICIAL DECISIONS:
A DIALOGUE BETWEEN PROPORTIONALITY AS
NECESSITY AND ECONOMICS

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Juízo de proporcionalidade; 2.1. Sub-juízo de necessidade; 3. Análise Econômica do Direito: argumento econômico; 4. Intercruzamento entre o argumento econômico e a decisão judicial: (por) uma melhor interpretação e aplicação do direito; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO:

Este artigo analisa os fundamentos do movimento interdisciplinar da *Law & Economics* (Direito e Economia) e reflete sobre o papel do discurso econômico no plano da decidibilidade judicial. Nesse intuito, a partir da função desempenhada pelo sub-juízo de necessidade, pertencente ao juízo de proporcionalidade, será estabelecida uma ponte entre o processo intelectual de construção do sentido normativo pelo julgador e a utilidade que os argumentos de matriz econômica

¹ Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Doutorando e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Membro do grupo de pesquisa "Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais", vinculado à FDV e coordenado pelos professores Daury Cesar Fabris e Adriano Sant'Ana Pedra. Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/ES. E-mail: claudio@colnago.adv.br

² Graduando em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pesquisador bolsista do Programa de Iniciação Científica da FDV. E-mail: vitorss@gmail.com.

podem oferecer para melhor interpretar e aplicar o direito. Dessa forma, o presente trabalho discorre a respeito das questões dogmáticas relacionadas ao teste de proporcionalidade e sobre a recepção do pensamento "Direito e Economia", que tem sua origem nos estudos do realismo, pragmatismo e utilitarismo norte-americano. Com estes subsídios, partindo dos referenciais teóricos de Robert Alexy e Richard Posner, o que se quer é desfazer a separação rígida que historicamente impediu o contato entre os dois campos do conhecimento humano, propondo o emprego efetivo de categorias econômicas na decisão judicial como forma de articular uma ciência jurídica mais consonante com as consequências econômicas, sociais e políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito & Economia; Proporcionalidade; Necessidade.

ABSTRACT:

This paper analyzes the fundamentals of interdisciplinary movement of Law & Economics and reflects on the role of economic discourse in plan of judicial decision. For that purpose, from the function performed by the sub-judgment of necessity, belonging to the judgment of proportionality, will be established a bridge between the intellectual process of construction of the normative sense by the judge and the utility that the economic matrix arguments can offer to better interpret and apply the law. Thus, this paper talks about the dogmatic issues related to the proportionality test and on the receipt of thought law and economics, which has its origin in the studies of realism, pragmatism and american utilitarianism. With these grants, starting from the theoretical references of Robert Alexy and Richard Posner, what you want is to undo the rigid separation that historically prevented contact between the two fields of human knowledge, proposing the effective use of economic categories in judicial decision as a way to articulate a legal science more in line with the economic, social, and political consequences.

KEYWORDS: Law & Economics; Proportionality; Necessity.

1 INTRODUÇÃO

A concepção de direitos representa uma das maiores contribuições do pensamento político e filosófico liberal. Durante quase três séculos de história, o papel ideológico dos direitos civis, envolvendo não apenas os

aspectos institucionais, mas também subjetivos, parece ter triunfado sobre qualquer outro modelo intelectual de estabilização do poder. Esse ideal propalado à época das primeiras revoluções liberais-burguesas e do movimento iluminista, que atravessou mais de 200 anos, estabeleceu promessas de emancipação do indivíduo, pôs fim ao poder despótico do *ancien régime*, anunciou a derrocada dos estamentos sociais e submeteu a organização estrutural do Estado ao império da lei³.

A partir dessas considerações, - atualmente - o legado do mundo em que habitamos é um lugar marcado por uma tradição judicial predominantemente positivista, repetitiva, individual, avessa ao diálogo com outros ramos do saber, que se perfaz numa redoma teórica e num domínio de si mesmo. Com este pano de fundo, a produção do saber técnico-científico da *práxis* forense se funda na proposição de que “[...] não há direito fora do direito positivo”⁴, e no reconhecimento do processo de interpretação e aplicação dos preceitos legais, por meio do paradigma da subsunção normativa. Contudo, a virada do século XXI e os novos vetores ideológicos requerem novas posturas, sobretudo porque a ordem jurídica e política vem mudando fundamentalmente.

Dessa maneira, é altamente contemporâneo perguntar se o modelo apresentado fracassou por aspectos extrínsecos ou se já não é hora de buscar a comunicação com outros segmentos epistêmicos, já que a capacidade de lidar com problemas complexos se exauriu. A rigidez do pensamento positivista e as interlocuções com os seus principais predicados como a "sistematicidade", "neutralidade" e "unidade" formam um nó górdio difícil de ser desatado. Nesse ponto, há um grande fosso que historicamente separa dois campos do conhecimento humano: a economia e o direito. Cruzá-lo, inicialmente, não será uma tarefa simples, mas a necessidade de convergência entre os horizontes do pensar econômico e do pensar jurídico são diretamente proporcionais aos nossos futuros ganhos em qualidade nas decisões judiciais, previsibilidade das prováveis consequências, aumento de segurança jurídica e, especialmente, melhoria democrática.

A contextualizar o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos consagrados na Carta Política, nota-se que as controvérsias

³ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros dias*. Trad. Manuel. Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

constitucionais possuem feição de natureza deontológica⁵, o que, em um sentido mais amplo, acena para a possibilidade de que normas entrem em colisão e conformem a estrutura democrática e pluralista do Estado de Direito. Nesse passo, o teórico alemão Robert Alexy sustenta que os direitos fundamentais são disposições normativas, sob a forma de princípios, que “devem ser realizados na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁶” e o americano Ronald Dworkin como “princípios que justificam decisões políticas que envolvem direitos que os indivíduos têm sob a Constituição⁷”

Estruturado em quatro tópicos, o primeiro capítulo aborda, numa perspectiva macro, as principais características do juízo de proporcionalidade, sem perder de vista a leitura teórica alemã e as conexões iniciais com a interdisciplinaridade⁸ do movimento *law and economics* no contexto jurídico-constitucional atual. A seguir, será pontuado de maneira analítica o significado do "sub-juízo" ou critério de necessidade, pertencente ao juízo de proporcionalidade. O próximo tópico aproximar-se-á ainda mais do fenômeno da *law and economics* demonstrando que seus aportes não só podem, mas são extremamente

⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2º ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 90.

⁷ Nesse sentido, Ronald Dworkin demonstra que os “elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 119.

⁸ Nos marcos deste trabalho, a interdisciplinaridade consiste numa terminologia específica e designa “uma forma de combinação entre duas ou mais disciplinas com vista à compreensão de um objeto a partir da confluência de pontos de vista diferentes e tendo como objetivo final a elaboração de uma síntese relativamente ao objeto comum (...), implica, portanto, alguma reorganização do processo de ensino/aprendizagem e supõe um trabalho continuado de cooperação dos conhecimentos envolvidos”. POMBO, Olga. *Interdisciplinaridade: ambições e limites*. Lisboa: Relógio d'Água, 2004, p. 78. Dito de outro modo, “um tema, objeto ou abordagem em que duas ou mais disciplinas intencionalmente estabelecem nexos e vínculos entre si para alcançar um conhecimento mais abrangente, ao mesmo tempo diversificado e unificado. Verifica-se nesses casos a busca de um entendimento comum (ou simplesmente partilhado) e o envolvimento direto dos interlocutores” SOMMERMAN, Américo. *Inter ou Transdisciplinaridade? Da fragmentação disciplinar ao novo diálogo entre os saberes*. São Paulo: Paulus, 2006, p. 30.

desejáveis no enriquecimento da gramática judicial⁹, abrindo caminhos para o processo de interpretação e efetivação do direito. A parte final deste artigo buscará estabelecer a conexão necessária, considerando a ordem jurídica e política contemporânea, entre o poder que os argumentos econômicos podem ter e a decisão judicial.

2 JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE

Em 1958, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) julgou um dos mais importantes casos da história recente do constitucionalismo contemporâneo¹⁰. O judeu Eric Lüth, empresário das telecomunicações e presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, liderou um boicote ao trabalho do cineasta Viet Harlan, antiga celebridade do cinema nazista e responsável pela produção do filme *Jud Süß*¹¹, conclamando os proprietários das salas de cinema e empresas de distribuição de filmes a retirarem a película “Amada Imortal” dos roteiros e *scripts* de programação¹². Viet Harlan e o conjunto de empresários que financiavam a produção cinematográfica ajuizaram uma ação judicial contra Lüth sustentando que o manifesto provocado afrontava dispositivos do Código Civil alemão (BGB).

Como se sabe, o pedido foi julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo; entre os diversos argumentos alegados, destaca-se o prejuízo causado ao exercício da livre iniciativa, honra e a imagem do cineasta. Harlan saiu vitorioso em todas as instâncias ordinárias, nas quais o boicote foi considerado uma injusta limitação à prática de sua profissão, com severos reflexos econômicos às equipes produtoras do filme. Em resposta, Eric Lüth recorreu da decisão para a Corte Constitucional alemã. Segundo o presidente do Clube de Imprensa, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949,

⁹ Para os fins deste estudo, a expressão “gramática judicial” consiste em elementos que estruturam o sistema normativo, tornando-o válido. Dito de outro modo, representa a arquitetura linguística e o modo pelo qual o direito se materializa e se manifesta: o código/linguagem.

¹⁰ Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. (Org. e introdução: Leonardo Martins. Trad. Beatriz Henning et al.). Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹ O filme *Jud Süß* lançado em 1940 era uma propaganda do regime nazista de Hitler, idealizado por Joseph Goebbels e produzido por Viet Harlan. À época ajudou a criar um clima persecutório tão desejado pelos membros do partido nazista.

¹² DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 247.

teria assegurado à liberdade de expressão, o que lhe impede de ser punido simplesmente por expor sua opinião.

Com base nessa tese, a Corte concluiu que o boicote realizado por Lüth é, na verdade, expressão legítima da manifestação do pensamento, sendo inadmissível a sua proibição, ainda que causasse eventuais perdas e danos a terceiros. Além desse fato, é importante frisar que meses depois, a Corte Constitucional decidiu no chamado “julgamento das Farmácias” (*Apothekenurteil*) que as leis da Baviera são inconstitucionais por exigirem uma série de restrições para a abertura de estabelecimentos farmacêuticos, ferindo o direito à liberdade profissional.

A bem da verdade, os dois julgamentos (“Lüth” e “Farmácias”) lançaram as bases de um dos mais relevantes elementos dogmáticos da teoria dos direitos fundamentais: a colisão de direitos e, em especial, a regra da proporcionalidade, acompanhada de suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Fundamentalmente, diante da necessidade de se construir um modelo político que, exaltando a diferença, possa conjugar os diversos valores presentes na sociedade e harmonizá-los, é que surgem os conflitos de direitos fundamentais. Esse primado da relatividade dos direitos constitucionais demonstra que não há normas com caráter absoluto tampouco normas “superiores” em relação às demais, de modo a evidenciar a máxima cedência recíproca entre eles¹³.

O vetor ideológico do pluralismo, da necessidade de implementarmos políticas públicas e de atingir o maior número de objetivos encartados na Constituição Federal é responsável por modificar substancialmente a atividade intelectual dos julgadores. Em tempo, a Constituição de 1988 foi além das antecessoras, não apenas reconhecendo um catálogo de direitos e garantias fundamentais já mencionado, mas também ao invocar o mandamento corretivo das desigualdades socioeconômicas¹⁴.

¹³ Cf. TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, tendo em vista a consagração de um projeto ético-filosófico plural¹⁵, o texto constitucional retirou da dormência inúmeras questões, cujas respostas não se apresentam de maneira precisa, como exemplo: (i) a importância da aplicação da regra de proporcionalidade¹⁶ e (ii) a relação estreita entre a sub-regra da necessidade e os institutos subjacentes à doutrina da *Law and Economics*. A teoria da decisão judicial contemporânea afirma que a regra de proporcionalidade é o instrumento capaz de fornecer respostas às colisões de direitos fundamentais. Nesse sentido, em que pese a tentativa de balancear valores colidentes, de modo que eles não sejam plenamente sacrificados, somente será legítima a restrição a determinado direito fundamental se for atendido o critério de proporcionalidade.

Esse teste de proporcionalidade tem uma estrutura racionalmente compreendida: dentro da sua arquitetura estão presentes três sub-juízos/sub-regras que se encarregarão de auxiliar o julgador na constatação de precedência de um direito fundamental sobre outro: a) necessidade; b) adequação e c) proporcionalidade em sentido estrito, aplicados em uma ordem pré-definida (sucessiva). Não por outra razão, a Constituição de 1988 não prevê expressamente a regra de proporcionalidade em seu bojo, todavia o Supremo Tribunal Federal tem lhe conferido normatividade sob o argumento de que esse instrumento de hermenêutica constitucional possui esteio na cláusula do devido processo legal substantivo¹⁷. Malgrado a posição consolidada, há ainda quem aduza que a proporcionalidade decorre

¹⁵ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁶ Na linha dos professores Peter Lerche e Virgílio Afonso da Silva, o conceito que se emprega de proporcionalidade é o seguinte: “regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.” SILVA, Virgilio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 2.

¹⁷ Pode-se citar: ADI nº 1.158-MC, rel. min. Celso de Mello, DJU, 26 de maio de 1995; ADI nº 1.076-MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJU, 7 de dezembro de 2000. ADI nº 1.922-MC, rel. min. Moreira Alves, DJU, 24 de novembro de 2000 e ADI nº 2.2276, rel. min. Maurício Corrêa, DJU, 5 de dezembro de 2002. Ademais, com amparo maciço em grande parte da doutrina especializada: Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. In: Repertório IOB Jurisprudência: Tributário Constitucional e Administrativo, v. 4, p. 23-44, 2000.

do princípio do Estado de Direito e/ou da natureza principiológica dos direitos fundamentais¹⁸.

Finalmente, cabe ressaltar a diferença doutrinária e dogmática que existe entre as técnicas criadas pela hermenêutica com o objetivo de dar suporte científico àquele que decide. Há diferença entre proporcionalidade e razoabilidade. A razoabilidade é proveniente do academicismo inglês, aproximando-se muito mais da noção de equidade e axiologia das práticas forenses, portanto com uma marca fortemente material. Diferentemente do *standard* da razoabilidade, a proporcionalidade observa uma lógica mais formal e critérios mais rígidos como já elencados anteriormente. Nessa esteira, Aharon Barak afirma que o significado da proporcionalidade remete "a uma doutrina analítica e metodológica", que pretende "definir a apropriada relação entre os direitos humanos e as considerações que justifiquem sua limitações numa democracia"¹⁹.

2.1 "SUB-JUÍZO" DE NECESSIDADE

A regra de proporcionalidade consiste em importante instrumento da hermenêutica constitucional moderna, sendo disseminada com larga frequência por inúmeros países dos sistemas *civil law* e *common law* nas últimas décadas. Essa noção de proporcionalidade, contudo, não é nova no pensamento jurídico, possui raízes remotas no direito administrativo alemão do século XIX e tem sido inicialmente empregada com a finalidade de controle do exercício do poder de polícia²⁰. Depois do período da 2ª Guerra Mundial, contexto em que se vivencia o *crepúsculo da legislação* e, paralelamente, a ascensão do constitucionalismo, o critério da proporcionalidade se transpôs para o direito constitucional, no qual passou a ser utilizado no campo do controle de constitucionalidade dos atos legislativos restritivos de direitos fundamentais, por meio da atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão²¹.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality and Principled Balancing*. *Law & Ethics of Human Rights*. V. 4, Issue 1, 2010, p. 4-5.

²⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Trad. SARLET, Ingo Wolfgang. *Interesse Público*, ano 1, nº 2. São Paulo: Notadez, abril/junho de 1999.

²¹ "A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples

Nesse momento, o direito germânico conferiu à proporcionalidade um perfil analítico e sistematizado consolidando os parâmetros que estruturam sua aplicação, compreendidos aí os três sub-juízos/sub-regras: a) o da adequação; b) o da necessidade e o c) o da proporcionalidade em sentido estrito. Esta pesquisa se concentrará na análise do estado-da-arte do segundo sub-juízo pertencente ao juízo da proporcionalidade, tratando das questões conceituais, sua abordagem e a efetiva adjudicação no direito brasileiro.

O sub-juízo de necessidade corresponde à exigência de avaliar se a medida empregada pelo Estado ou particular, dentre os diversos meios possíveis que promovem o fim pretendido, será a menos onerosa/gravosa para os direitos. “Não se abatem pássaros com canhões”, dizia o jurista George Jellinek ao se referir metaforicamente à ideia de vedação do excesso, um dos nomes dados a sub-regra de necessidade. É de se destacar que cabe ao intérprete do direito verificar no caso concreto se existem opções menos prejudiciais, de modo que a análise comparativa entre os diferentes meios existentes é essencial para alcançar o fim desejado.

Em relação a esta dimensão da regra de proporcionalidade, não há uma uniformidade terminológica quanto ao vocábulo “necessidade”. Exemplificativamente, surgem na doutrina os seguintes termos: indispensabilidade, meio menos gravoso, intervenção mais restringida possível, direito a menor desvantagem possível, proibições de excesso e insuficiência. A doutrina dominante afirma que a análise da sub-regra se desdobra em dois momentos a serem operadas pelo julgador: i) cotejo hipotético, pelo qual se investiga se os meios alternativos são hábeis a promoverem o fim da *mens legis*, isto é, se examina se as medidas alternativas são idôneas ou não para alcançar o objetivo esperado pelo Legislador²²; e ii) verifica-se se as medidas apontadas no primeiro teste são ou não menos lesivas do que aquela que foi eleita.

pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.” SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

²² Jane Reis assenta que “caberá antes de tudo averiguar a posição que cada um deles (meios) ocupa na escala de idoneidade, buscando-se identificar se os meios analisados apresentam um coeficiente de idoneidade equivalente ou desigual. Nessa análise, deve-se ter em conta dois aspectos: em primeiro lugar, é preciso que o meio alternativo usado como parâmetro de comparação ostente um grau superior ou idêntico de idoneidade ao daquele empregado pelo legislador; e, em segundo lugar, a comparação entre o meio alternativo e o meio cuja

Se isso é assim, os elementos conceituais do sub-juízo de necessidade compreendem, portanto, a identificação dos meios adequados, pelo qual se realiza o exame da necessidade e se estabelece as medidas que possibilitem a consecução do fim almejado na intervenção sobre o direito fundamental, bem como a comparação dos meios eleitos, contexto no qual se mensura o impacto ou a gravidade das medidas²³.

Por isso, anotam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que a sub-regra de necessidade pode consistir numa etapa de revisão técnico-constitucional da solução legislativa adotada sem substituir, todavia, a decisão jurisdicional²⁴. Além disso, muitos casos envolvendo colisão de direitos fundamentais são resolvidos com o critério da necessidade, isso porque essa avaliação é muito mais difícil de ser aferida²⁵ do que a constatação da licitude ou adequação de determinada medida²⁶. Além disso, uma característica que não pode passar despercebida diz respeito à abordagem lógica que paira sobre a sub-regra de necessidade. Sob o prisma dogmático, a explicação fundada em preceitos de natureza econômica é recorrente. A começar pela teoria do Estado ótimo de Pareto, base do raciocínio econômico, que significa dizer que uma situação econômica será

constitucionalidade é questionada deve ser promovida desde todas as perspectivas possíveis”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade*. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 172.

²³ “Quanto ao subprincípio da necessidade, o *due process* apresenta-se bipartido. O teste de racionalidade mínima exige apenas a adequação, sendo um critério mais limitado que o subprincípio da necessidade. Todavia, o *strict scrutiny* estabelece a exigência de um *compelling public interest*, que funciona como um critério mais restrito que a exigência de necessidade. Tem razão, portanto, Kommers quando afirma sobre o segundo subprincípio que esse teste é aplicado flexivelmente e deve observar o standard de racionalidade. Tal como é aplicado pela Corte Constitucional, ele é menos que o escrutínio estrito e mais que o teste de razoabilidade mínima do direito constitucional norte-americano”. COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/>>. Acesso em 11 de julho de 2014.

²⁴ DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 207.

²⁵ “É certo que, não raro, o processo de comparação entre os diversos meios acaba por assumir inegável complexidade, tendo em vista o elevado número de variáveis que entram em jogo. Isso é o que ocorre, por exemplo, quando os meios alternativos são mais eficazes, mas também mais restritivos que o meio empregado pelo legislador, ou, ainda, quando os meios alternativos revelam-se mais suaves segundo alguns critérios e mais restritivos segundo outros”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade*. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186.

²⁶ DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 207.

ótima se pelo menos um único sujeito melhora sua condição, sem que para isso outro piore.

Essa mesma *performance* é utilizada pela teoria do direito constitucional para ilustrar uma hipótese de colisão de direitos fundamentais, em que um desses direitos deverá ser restringido o mínimo possível²⁷. O desafio entre os meios jurídicos e os fins normativos é desvelado, por exemplo, por meio do teste de proporcionalidade, até porque a pergunta que se faz é: determinado meio jurídico é próprio para atingir um fim normativo? Nesta pesquisa, se pretende apontar para o fato de que a construção jurídica deve se valer da economia enquanto um dos saberes que nos ajuda a elaborar respostas ou mesmo testes de proporcionalidades mais adequados.

Atualmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 91.952/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, aplicou o critério da necessidade para restringir o emprego de algemas pelas autoridades policiais, na medida em que a sua utilização, na condução de presos, deve ser realizado de modo proporcional, não afetando desnecessariamente a integridade física, psíquica e moral do ser humano²⁸. Noutra assentada, o STF, em Medida Cautelar na ADI nº 4.467, afastou a exigência legal de portar o título de eleitor para votar, considerando que a restrição embora legítima, qual seja, evitar as fraudes na votação, seria desnecessária, pois o documento com foto já seria suficiente. Em suma, é de se notar o esforço hermenêutico e o ônus argumentativo que se exige dos julgadores em matérias envolvendo a questão da colisão de direitos fundamentais. A sub-regra de necessidade não escapa desse desenho institucional, especialmente porque sua incidência deve ser calibrada em razão da tensão com outros postulados constitucionais, como a democracia e a separação de poderes.

²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Ratio Juris, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

²⁸ “O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89.429-1/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22/8/2006.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ARGUMENTO ECONÔMICO

É possível pressupor que existe qualquer coisa haver entre justiça e economia. O desperdício é injusto? A eficiência produz justiça? A interface “Direito e Economia”, enquanto movimento científico, surge na metade do século XX nos EUA, radicando-se em importantes escolas filosóficas anglo-saxões, como o utilitarismo²⁹, o pragmatismo³⁰ e o realismo jurídico inglês³¹. Essa doutrina, conhecida por Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), investiga o fenômeno jurídico a partir das consequências, resultados e reações das pessoas a uma dada norma, sob a perspectiva das ferramentas e do empirismo econômico.

Suponha-se que as condições para celebração de um negócio jurídico possam eventualmente ser perigosas em relação à concretização do direito à moradia, que o contrato de adesão firmado entre usuário e o convênio do plano de saúde seja abusivo, que a implementação dos serviços públicos básicos dependa exclusivamente do orçamento do Poder Executivo, ou ainda, que o exercício do direito de propriedade ignore os interesses sociais e coletivos. Pensar a eficiência e a justiça conjuntamente significa fomentar posturas judiciais que importem numa melhor distribuição dos maiores produtos que o direito não conseguiu oferecer na modernidade: paz social e segurança. Por quê? Em princípio, aplicar o direito, hoje, é mais complicado que foi no passado, muito em razão da funcionalização das normas jurídicas.

Assim, esta matriz teórica pode ser compreendida sob dois enfoques distintos: a vertente normativa e a vertente positiva. Mas antes de se abordar esses dois elementos, a implantação efetiva e o amadurecimento da *law and economics* passou por momentos específicos: no início, o desenvolvimento do paradigma efficientista, a aceitabilidade racional do

²⁹ O movimento Direito e Economia radica na filosofia utilitarista, cujo principal expoente é Jeremy Bentham. Para uma leitura aprofundada sobre a filosofia utilitarista e os reflexos na sociedade atual, cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁰ Autores tradicionais no campo do pragmatismo influenciaram o movimento *Law and Economics*: Charles Sanders Peirce, John Dewey, William James e, mais recentemente, Richard Rorty, Hilary Putnam e Roberto Mangabeira Unger.

³¹ A *Law and Economics* é herdeira da tradição do realismo jurídico, no qual importantes nomes se destacam: Roscoe Pound, Benjamim Natan Cardozo, Karl N. Llewellyn, Oliver Wendell Holmes e Louis Brandeis.

modelo, o questionamento e a dúvida acerca da sua viabilidade e as reformulações do movimento³².

Há certo consenso que o movimento nasce na Universidade de Chicago, com a publicação de um importante artigo à época, *The nature of the firm*, de Ronald Coase³³. Essa produção científica buscou enfrentar um novo aspecto econômico das instituições, dando origem ao movimento denominado institucionalista. Um pouco mais tarde, a Universidade de Chicago direcionou sua atenção para temas afeitos à legislação corporativa, regulação normativa do mercado imobiliário, leis trabalhistas, direito fiscal, de modo que convocou juristas para refletirem sobre os benefícios de uma exame transcendente, que incluía os critérios econômicos na “equação” judicial.

Em meados de 1960, a Análise Econômica do Direito passou a se apresentar efetivamente como uma doutrina. O marco fundacional é o trabalho *The problem of social cost*, de Ronald Coase³⁴, ensaio que constitui o ponto de partida da escola, na medida em que destrincha as principais premissas envolvendo o conceito de externalidade para uma teoria econômica que trabalhe com o problema do custo do direito num análise jurídica realmente concebida. A seguir, Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, com o ensaio intitulado *Some thoughts on risk distribution and the Law of torts*³⁵, demonstra o relevo dos impactos econômicos na alocação de recursos para disciplina da responsabilidade civil.

Dois acontecimentos alçaram a *law and economics* a um patamar especial: a) a criação em 1972 do *Journal of Legal Studies* e a primeira publicação do filósofo e jurista americano Richard Posner³⁶. Esta obra de Richard Posner é apontada como um livro inaugural no movimento *law and economics*, tendo em vista o desenvolvimento no campo dos bens escassos

³² POSNER, Richard. *Para além do Direito*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 76.

³³ COASE, Ronald Henry. *The nature of the firm*. *Economica*, v. 4, 1937.

³⁴ COASE, Ronald Henry. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*. October, 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em 9 de julho de 2014.

³⁵ CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. In: *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, 1961.

³⁶ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law: From the Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University, 1997, p. 55.

afetos à satisfação das necessidades humanas, bem como a maximização da riqueza no contexto da ascensão institucional do poder judiciário. Assim, ficaram assentadas as bases da gênese deste movimento que pretendeu se abrir a interdisciplinaridade tendo como mote as complexas relações econômicas envolvendo questões jurídicas.

Nesse sentido, a *law and economics* pretende explicar o fenômeno jurídico e propor medidas para corrigir deturpações geradas por normas de direito positivo, com suporte nos argumentos econômicos. Após essa breve consideração, é necessário frisar a diferenciação entre direito e economia positivo e direito e economia normativo. Como salienta Bruno Salama são “duas dimensões distintas e autônomas. A vertente positiva se ocupa das repercussões do direito sobre o mundo real dos fatos”; já a vertente normativa se ocupa a entender se “as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização do bem-estar”³⁷.

Richard Posner traça o seguinte paralelo quanto as duas vertentes. O enfoque normativo enfrenta o conceito de eficiência como critério objetivo da decisão, indispensável ao direito. A vertente positiva é descritiva do seu objeto³⁸. Vale ressaltar que a perspectiva positiva funda-se nas categorias macroeconômicas sendo úteis para a ciência do direito, até porque os postulados da economia podem “prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas”³⁹. Tanto é, que em tais situações o raciocínio efficientista deve inspirar o aplicador nessa missão de solucionar as colisões de direitos fundamentais, levando em consideração questões de eficiência, escassez, maximização racional, equilíbrio e incentivos, nesse particular os direitos que demandam maior custo de implementação, situados no paradigma do Estado Social.

Ainda sob o ângulo doutrinário, Richard Posner afirma que o ponto de partida básico da economia é o fato das pessoas serem “maximizadoras racionais” de suas pretensões, de modo que o direito passa ser lido como um amontoado de institutos explicados como maximizadores dos objetivos

³⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Latin American and Caribbean Law and Economics Association.Selected Works. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent-t.cgi?article=1015&context=bruno_meyerhof_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent?t.cgi?article=1015&context=bruno_meyerhof_salama)>. Acesso em 10 de julho de 2014, p. 44.

³⁸ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 176.

³⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Latin American and Caribbean Law and Economics Association.Selected Works, p. 105.

peçoais. De igual modo, a partir de uma matriz epistemológica distinta da positiva, surge a dimensão normativa da *Law & Economics*, pautada numa visão deontológica e efficientista do direito. Conforme os ensinamentos do professor de Chicago, a atividade do julgador seria um exercício diário de verificação do custo-benefício dos institutos jurídicos, a partir da análise precisa dos riscos, externalidades e a maximização da riqueza, assim como a escassez.

Mas essa visão não está isenta de críticas. O trabalho realizado por Posner se tornou uma espécie de “manifesto” pragmatista judicial, no qual a verdade das suas proposições decorrem exclusivamente de suas consequências, o que de certo modo conduziu os métodos de investigação e decisão judicial ao âmbito consequencialista. Por essa razão, passou a ignorar completamente o que denominou de “corolários de uma teoria moral metafísica”⁴⁰, recebendo fortes ataques de teóricos respeitáveis como Ronald Dworkin, John Rawls e Jules Coleman. Depois de tais colocações⁴¹, Posner passou a rever seus posicionamentos acerca do valor absoluto da eficiência, admitindo que a eficiência, na verdade, é mais um “ingrediente” que pode ser utilizado nas decisões judiciais, razão pela qual o juiz pode balancear as variáveis econômicas com as interpretações possíveis previstas no texto constitucional.

Após esse breve esboço acerca da *law and economics*, alguns apontamentos devem ser feitos.

Essencialmente, só é possível encarar com seriedade as discussões sobre Análise Econômica do Direito distinguindo os dois enfoques já ventilados: a) direito e economia positivo e b) direito e economia normativo. A partir dessa diferenciação, será possível verificar quais os reais objetivos que o intercâmbio entre os dois ramos podem produzir e

⁴⁰ Arremata o filósofo americano: “a filosofia moral não tem nada a oferecer aos juízes e aos estudiosos do Direito no que se refere à atividade judicial ou à formulação de doutrinas jusfilosóficas ou jurídicas”. POSNER, Richard A. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁴¹ “Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos viver juntos e iguais, e parece crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. (...) Só poderemos perseguir essa indispensável ambição se tentarmos, sempre que necessário, nos colocar em um plano elevado [vale dizer: teórico, acrescentei] nossas decisões coletivas, inclusive em nossas decisões judiciais, de modo a pôr à prova nosso progresso em tal direção. Devemos nos incumbir desse dever soberano se pretendemos alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho da igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade”. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 105-106.

atingir na ordem jurídica e política atual. Como se sabe, o aprofundamento de questões como políticas públicas a serem implementadas pelos poderes executivo e legislativo, os incentivos estabelecidos pelas entidades de fomento subsidiadas pelo poder público e o (re)pensar em torno da preponderância do poder judiciário nessa dinâmica globalizada são fortes indicativos da necessidade de (re)avaliarmos o modo de decidir, indo para além da mera legitimidade da lei com a utilização de argumentos econômicos, entendidos como a apropriação de conceitos relevantes da economia para reforçar e efetivar os mandamentos e os fins constitucionais.

4 INTERCRUZAMENTO ENTRE O ARGUMENTO ECONÔMICO E A DECISÃO JUDICIAL: (POR) UMA MELHOR INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Melhor do que quaisquer reflexões em abstrato sobre a complexidade dessas constatações, a realidade dos fatos se encarrega de evidenciar diversos exemplos de como a correta aplicação dos direitos fundamentais depende da interação com a economia, mais especificamente, com o argumento econômico⁴²: em 1998, o Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade do art. 14 da EC nº 20 de 98, que fixava em R\$ 1.200,00 o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social relativamente à gestante (ADI nº 1.946). À época o STF foi provocado para saber se a mulher gestante estaria sujeita ao teto sugerido pela emenda. No voto condutor, o ministro Sydney Sanches afirmou que as consequências desse teto seriam drásticas sobre o mercado de trabalho e, especialmente no que se refere à promoção do acesso da mulher no mercado de trabalho⁴³.

⁴² Em 1897, o jurista Oliver Wendell Homes Jr. publicou o artigo *The Path of Law* e fez a seguinte previsão, em tradução livre: “O estudo racional ainda é, em grande proporção, o estudo da história. A história deve ser parte do estudo do Direito porque sem ela não conseguiríamos conhecer o preciso sentido das regras que são objeto de nossa função. Trata-se de uma parte do estudo racional, porque é o primeiro passo em direção a um ceticismo iluminado, ou seja, em direção à deliberada reconsideração do valor de tais regras. Quando você atrai o dragão para fora de sua caverna em direção à planície durante o dia, é possível contar seus dentes e suas garras e verificar precisamente qual a sua força. Mas fazer isso é somente o primeiro passo. O passo seguinte será ou matá-lo ou domesticá-lo para se tornar um animal útil. Para o estudo racional do Direito o homem que conhece a lei pode até ser o homem do presente, mas o homem do futuro é aquele que domina a estatística e economia. É revoltante não haver uma justificativa melhor para uma regra jurídica do que o fato de ter sido editada na época de Henrique IV. É mais revoltante ainda se os fundamentos que levaram à sua edição já tenham desaparecido há muito tempo e a regra simplesmente persiste em razão de uma imitação cega do passado. HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Path of Law*. Harvard Law Review 457 (1897).

⁴³ Na obra *Interpretação Conforme a Constituição*, o professor Cláudio Colnago analisa particularmente este julgado sustentando, sob o enfoque das técnicas de decisões interpretativas,

De igual modo, o STF no recurso extraordinário nº 407.688, de relatoria do ministro Cezar Peluso, decidiu pela constitucionalidade do art. 3, VII da Lei nº 8.009/90, autorizando a penhora de bem imóvel residencial do fiador, não ofendendo o direito fundamental à moradia previsto no art. 6º da CRFB/88. Ainda, o Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.135.742, relatado pelo ministro Humberto Martins, discutia o desiderato de uma lei que expressamente permitia as concessionárias suspenderem a oferta de serviço a clientes em caso de atraso. Nesse demanda, a questão é saber se a lei se aplica também a oferta de serviços essenciais. Além disso, poderia ser mencionada a ação direta de inconstitucionalidade que questionou a Lei da Arbitragem, a qual foi considerada compatível com o ordenamento jurídico, tendo sido utilizados argumentos eminentemente econômicos em seu julgamento, como o fortalecimento do ambiente de negócios no país.

Em suma, nesses três paradigmáticos precedentes tanto o STF quanto o STJ se valeram de argumentos econômicos como parte do percurso, da narrativa retórica, da fundamentação das decisões judiciais, para atingir fins e objetivos preconizados pela Constituição Federal. O argumento econômico foi empregado com o propósito de servir a princípios constitucionais, como o direito de contratar, liberdade individual, acesso da mulher ao mercado de trabalho entre outros.

Por essa razão, o direito e a economia participam de inúmeras controvérsias judiciais: i) direito à autonomia privada contrapondo-se ao direito à moradia⁴⁴; direito de contratar confrontando-se com o valor social⁴⁵; direito à seguridade e consecução dos serviços públicos opondo-se à reserva do possível⁴⁶; direito de propriedade colidindo com a sua função social⁴⁷. Todas essas questões passaram pela análise do Supremo Tribunal Federal em período recente. Esses quatro casos paradigmáticos de colisão exemplificam a necessidade de empreender um estudo interdisciplinar, contexto em que a relação entre direito e economia se destaca como fator

que "a decisão da ADI 1.946 consiste, formalmente, numa decisão estimatória parcial [...], pois estabeleceu o único significado possível a ser atribuído ao enunciado, ou seja, aquele segundo o qual o teto não se aplica ao auxílio maternidade". COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2007, p. 168. Nota-se, com isso, como o argumento econômico empregado pelo STF é manejado a partir de técnicas decisórias.

⁴⁴ Como exemplo, cf.: RE nº 352.940, DJ 27.4.2005.

⁴⁵ A título exemplificativo, cf.: RE nº 449.657, DJ 30.5.2005.

⁴⁶ Sobre o tema, cf.: RE-AgRg 393.175, DJ 02.2.2007.

⁴⁷ A exemplo, cf.: RE nº 153.7771-0, DJ 23.7.2004.

relevante no âmbito da decidibilidade jurídica em matéria de direitos fundamentais.

Discutir o papel da economia no aperfeiçoamento da solução das controvérsias de direitos constitucionais, com o uso efetivo de dados e informações empíricas, significa fomentar posturas judiciais que importem numa melhor distribuição dos dois maiores produtos que o direito não conseguiu oferecer na modernidade: justiça e segurança. Sob o ponto de vista da justificação das decisões, nota-se o esforço dos que lidam com a ciência do direito em produzir julgamentos baseados na racionalidade e eficiência⁴⁸, a exemplo do emprego da técnica de ponderação entre bens e interesses⁴⁹. Longe de uma afirmação perigosa e traiçoeira como a de que o direito deve ser apenas eficiente, é fundamental tratar a argumentação econômica, sobretudo da microeconomia, como ferramenta para aplicar os comandos normativos previstos em regras ou princípios.

Cabe ressaltar que essa análise mesmo impregnada de alto coeficiente econômico jamais deixará de ser eminentemente jurídica, pois essa construção argumentativa é feita a serviço do direito e dos fins constitucionais a que toda decisão judicial se sujeita. Adicionalmente, entende-se que as categorias econômicas podem ser úteis quando diante de efetivação de princípios constitucionais, ou ainda, da colisão entre eles. Fundamentalmente, a pergunta que se coloca nesta quadra da história é: qual o papel da economia na ciência do direito? Da mesma forma, qual o papel do jurista numa sociedade de economia globalizada? A resposta para essas perguntas não é simples de ser obtida.

Nesse contexto, não restam dúvidas de que as formas e os agentes de Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) estão vinculados aos direitos fundamentais, até porque a solução acerca da colisão de direitos passa por uma ponderação de princípios no caso concreto, examinando criteriosamente as circunstâncias de cada interesse em um modelo argumentativo-racional⁵⁰. Por isso, o processo de aplicação do conteúdo

⁴⁸ A eficiência pode ser definida como “a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função”. ZYBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 83.

⁴⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2º ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação*. São Paulo: Forense, 2010; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁰ A despeito das diferenças teóricas entre os dois autores, merece destaque a contribuição de Klaus Günther e Robert Alexy no trato dos princípios jurídicos para solução de casos

normativo não se assemelha a uma “descoberta”, mas, sim, a um confronto de proposições jurídicas com os fatos concretos e individuais⁵¹, ou seja, uma “construção”.

Se isso é assim, a complexidade do problema envolvendo a sistemática dos direitos fundamentais se converte num problema de fundamentação⁵². Tentando resolver essa dificuldade de fundamentação, a teoria da decisão judicial afirma que a regra da proporcionalidade é um instrumento capaz de dar respostas seguras às colisões de direitos fundamentais⁵³. Nesse viés, ao intérprete é incumbida a tarefa de fazer com que o direito fundamental atinja a sua realização plena. O objetivo é que, ao proceder a essa tentativa de concretização, nenhum outro direito seja afetado negativamente. No entanto esse fim nem sempre será possível, surgindo, portanto, para o operador do direito o dever de restringir ao mínimo possível o outro bem constitucional controvertido.

Por conseguinte, em tais situações o raciocínio que deve inspirar o aplicador nessa missão de solucionar as colisões de direitos fundamentais passa por questões de eficiência, escassez, maximização racional, equilíbrio e incentivos, sobretudo quando se tratar de direitos que demandam maior custo de implementação, habitualmente encartados no paradigma do Estado Social⁵⁴. Nesse sentido, a utilização do argumento econômico se dá por meio da aliança entre a vertente normativa, de base epistemológica e

constitucionais controvertidos, a partir de uma explicação hermenêutica baseada na argumentação jurídica e no discurso racional do processo decisório.

⁵¹ Assim, declara Konrad Hesse, a partir de Hans George-Gadamer, “o intérprete não pode compreender o conteúdo de uma norma de um ponto situado fora da existência histórica, por assim dizer, arqui-médico, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra, cuja maturidade, enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu (pré)-juízo.” HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 61.

⁵² Sob tal panorama, Klaus Günther e Jürgen Habermas traçam a distinção entre discurso de aplicação e discurso de justificação. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v 1 e v.2.

⁵³ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, abr. 2002; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições, eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵⁴ Destacam-se os impactos socioeconômicos provocados pelas decisões judiciais no programa – segunda dimensão – de direitos sociais, econômicos e culturais (direitos de segunda dimensão) previstos constitucionalmente, porque revelam maior tensão frente a premissas econômicas da sociedade capitalista neoliberal.

distinta da positiva⁵⁵, e o processo hermenêutico de decisão judicial. Bom exemplo se dá na operacionalização do juízo de proporcionalidade, notadamente em seu critério de necessidade, em que se objetiva reduzir a subjetividade e o decisionismo, muitas vezes, travestidos de um expediente retórico esvaziado de fundamentação.

Com essas considerações, pretende-se fortificar a argumentação jurídica ao “injetar” maior racionalidade no procedimento de justificação dos pronunciamentos judiciais, seja através de uma motivação baseada em aspectos econômicos que revigorem a decisão escolhida, seja por meio da maior aceitabilidade social propiciada, em virtude da ampliação dos riscos e consequências prováveis que a repercussão judicial pode provocar.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho se insere no contexto, que tem se intensificado nas últimas décadas, acerca da relação entre Direito e Economia e, de uma forma mais concreta, do argumento econômico no âmbito das decisões judiciais. Num primeiro momento, o contato entre os dois ramos não existiu, dada a diferença metodológica que existe⁵⁶. O manejo dos postulados econômicos e dos instrumentos jurídicos devem contribuir sensivelmente para a qualidade das ações públicas cotidianas, ao permitirem investigar as respostas constitucionalmente adequadas e testar a eficiência das respostas já existentes.

Como declara Bruno Salama “enquanto o direito é verbal, a economia é matemática; enquanto o direito é hermenêutico, a economia é empírica;

⁵⁵ Como salienta Bruno Salama, o movimento Direito e Economia se assenta sob duas dimensões distintas e autônomas. A vertente positiva “se ocupa das repercussões do direito sobre o mundo real dos fatos”; já a vertente normativa se ocupa a entender se “as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização do bem-estar.” SALAMA, Bruno M. *Direito e Economia*. In: RODRIGUEZ, José R. *Fragmentos Para Um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

⁵⁶ Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Selected Works. 2013, p. 1. Além disso, observou Friedrich Hayek: “embora o problema de se buscar uma ordem social apropriada seja estudado sob os ângulos da economia, do direito, da ciência política, da sociologia e da ética, tal problema somente pode ser tratado adequadamente como um todo. [...] Em nenhum campo a divisão entre especialidades é mais destrutiva do que entre as duas mais antigas destas disciplinas, a economia e o direito.” HAYEK, Friedrich A. Von. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973, vol. I, p.4.

Friedrich A. Von. *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973, vol. I, p.4.

enquanto o direito aspira ser justo, a economia pretende ser científica⁵⁷”. Desse modo, o objetivo é conciliar as duas áreas e propor uma inclusão de categorias econômicas no plano da decisão judicial. Mas de que forma? Uma resposta presumível durante este trabalho, é: a partir da concretização de regras e princípios - mediados por métodos -, por exemplo: o juízo de proporcionalidade e a ponderação de bens. Como reforço a esse tese, sabe-se que o uso dessas ferramentas carecem de uma melhor fundamentação, o que as torna frequentemente "verdadeiras varinhas de condão: com eles, o julgador consegue fazer quase tudo que quiser⁵⁸”.

Em reação a essa "fórmula mágica" prejudicial ao desenvolvimento do direito e favorável à manutenção do imobilismo intelectual que tanto se conhece na ciência jurídica, este artigo pretende, sem exaurir a vasta construção teórica de tais questões, coligar o sub-juízo de necessidade ao argumento econômico, no intuito de racionalizar o procedimento da decisão judicial, proporcionando qualidade nas decisões judiciais, previsibilidade das prováveis consequências, aumento de segurança jurídica e, especialmente, legitimidade democrática.

Portanto, a proposta apresentada procura redesenhar o papel da economia no direito a partir do aprofundamento das discussões econômicas sobre as possíveis e eventuais decisões proferidas pelo Judiciário; sugerir incentivos e maximização dos ganhos ao selecionar determinada escolha política e jurídica; revalorar a função jurisdicional nesse novo contexto globalizante e de proeminência e fomentar o uso de novas ferramentas, categorias e objetos da economia no cotidiano do jurista e julgador.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Ratio Juris, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Selected Works Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=bruno_meyerhof_salama>. Acesso em 11 de fevereiro de 2013.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

- BARAK, Aharon. **Proportionality and Principled Balancing**. Law & Ethics of Human Rights. V. 4, Issue 1, 2010
- BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- CALABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distribution and the law of torts**. In: The Yale Law Journal, v. 70, n. 4, 1961.
- COASE, Ronald Henry. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics. October, 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Course-s/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em 9 de julho de 2014.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2007.
- COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-controle-da-razoabilidade-no-direito-comparado/>>. Acesso em 10 de julho de 2014.
- DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Levando os Direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel. Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral – Justificação e Aplicação**. São Paulo: Forense, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998

- KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. In: Repertório IOB Jurisprudência: Tributário Constitucional e Administrativo, v. 4, p. 23-44, 2000.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From the Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University, 1997.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade**. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- POMBO, Olga. **Interdisciplinaridade: ambições e limites**. Lisboa: Relógio d'Água, 2004.
- POSNER, Richard A. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- _____. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia?** Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Selected Works. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=bruno_meyerhof_salama>. Acesso em 10 de julho de 2014.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- SCHOLLER, Heinrich. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha**. Trad. SARLET, Ingo Wolfgang. Interesse Público, ano 1, nº 2. São Paulo: Notadez, abril/junho de 1999.
- SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. (Org. e introdução: Leonardo Martins. Trad. Beatriz Henning et al.). Prefácio: Jan Woischnik. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v. 91, n. 798, abr. 2002.

SOMMERMAN, Américo. **Inter ou Transdisciplinaridade? Da fragmentação disciplinar ao novo diálogo entre os saberes**. São Paulo: Paulus, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZYBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.