



**UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE SANTA CATARINA**  
Centro de Ciências Jurídicas  
Programa de Pós-Graduação em Direito

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE DOUTORADO INTERINSTITUCIONAL UFSC/FLF**

**DIEGO SABÓIA E SILVA**

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO TEORIA DE CONTENÇÃO DA  
DECISÃO JUDICIAL: O VIÉS IDEOLÓGICO DA EFICIÊNCIA E PROPOSTAS  
PARA UMA AUTORRESTRICÇÃO INTERPRETATIVA**

**FLORIANÓPOLIS/SC**

**2019**

Diego Sabóia e Silva

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO TEORIA DE CONTENÇÃO DA  
DECISÃO JUDICIAL: O VIÉS IDEOLÓGICO DA EFICIÊNCIA E PROPOSTAS  
PARA UMA AUTORRESTRICÇÃO INTERPRETATIVA**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como  
requisito essencial para a obtenção do título de Doutor  
em Direito. Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart  
Cademartori.

**FLORIANÓPOLIS/SC**

**2019**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

SILVA, DIEGO SABÓIA E  
A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO TEORIA DE CONTENÇÃO  
JUDICIAL: O VIÉS IDEOLÓGICO DA EFICIÊNCIA E PROPOSTAS PARA  
UMA AUTORRESTRICÇÃO INTERPRETATIVA /  
DIEGO SABÓIA E SILVA ; orientador, LUIZ HENRIQUE URQUHART  
CADEMARTORI - Florianópolis, SC, 2019.  
211 p.  
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós  
Graduação em Direito.  
Inclui referências  
1. Direito. 2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. 3.  
RICHARD POSNER. 4. AUTORRESTRICÇÃO INTERPRETATIVA  
JUDICIAL. 5. EFICIÊNCIA. I. URQUHART CADEMARTORI, LUIZ  
HENRIQUE. II. Universidade Federal de Santa Catarina.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.  
III. Título.

Diego Sabóia e Silva

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO TEORIA DE CONTENÇÃO DA  
DECISÃO JUDICIAL: O VIÉS IDEOLÓGICO DA EFICIÊNCIA E PROPOSTAS  
PARA UMA AUTORRESTRICÇÃO INTERPRETATIVA**

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Prof. Luiz Bráulio Farias Benítez, Dr.  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC)

---

Prof. Marcos Leite Garcia, PhD.  
Universidade de Passo Fundo – UPF (RS)

---

Prof. Diego Nunes, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (SC)

---

Prof<sup>a</sup>. Gabriela Natacha Bechara, Dra.  
Faculdade Estácio de Sá (SC)

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC.

---

Prof<sup>a</sup>. Norma Sueli Padilha, Dra.  
Coordenadora do PPDG/UFSC

---

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (SC)

Florianópolis/SC, 29 de novembro de 2019.

Este trabalho é dedicado à minha amada Mãe, Regina Sabóia,  
sempre presente em meus pensamentos e em meu coração.

## AGRADECIMENTOS

A caracterização formal de uma tese acadêmica como obra individual muito dista da realidade: trata-se de um trabalho sobremaneira coletivo, e até onde alcança a percepção deste pesquisador, impossível de ser confeccionado sem a ajuda e compreensão das pessoas que nos são mais caras, muitas vezes sobrecarregadas em função da tarefa inclemente de pesquisa e escrita de quem se compromete a empreitada de tal monta. Por tudo isso, minha eterna gratidão:

A DEUS, Criador do universo, Senhor soberanamente justo e bom, espiritualidade maior, pela dádiva da vida e por sua infinita misericórdia.

À minha amada Mãe, Regina, pelo desmedido desvelo para comigo e meus irmãos, havendo dedicado sua última existência terrena ao nosso adiantamento moral e científico, e que agora encontra-se nos braços do Criador. O mero distanciamento físico jamais será capaz de romper nossos laços, que são inquebrantáveis. Nunca poderei agradecer à altura tudo o que fez, e estou seguro que segue fazendo por nós. Anseio por nosso reencontro! Que DEUS a abençoe!

À minha esposa Elaine, companheira irretocável, por todo o amor e compreensão devotados a mim e à nossa família.

Aos meus filhos Marília e Luís Miguel, dádivas divinas que iluminam nossas vidas, tornando-as plenas e felizes.

Aos meus valorosos mentores irmãos espirituais, pelo auxílio e guia em nossa presente passagem por este periférico planeta de expiação.

Ao professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, meu orientador, por todos os ensinamentos, determinantes para a feitura desta obra, assim como pela paciência de ler e reler, objetivando sempre a melhoria da mesma.

Aos ilustres examinadores, professores Luiz Bráulio Farias Benítez, Gabriela Natacha Bechara, Marcos Leite Garcia e Diego Nunes, pela atenção e disponibilidade em avaliar a tese, sendo mesmo verdadeiros agentes ativos nesta etapa acadêmica, assim como por suas inestimáveis contribuições que culminaram na feitura de um trabalho melhor. Agradeço também à professora Luana Renostro Heinen por sua colaboração no instante em que este escrito acadêmico ainda se encontrava em fase de projeto.

Peço apenas que não responsabilizem as referidas pessoas pelas impropriedades que fatalmente encontrarão neste trabalho: a responsabilidade é exclusivamente do autor.

*Na leitura do maior de todos os “livros” é possível demonstrar a tensão e a solução que estruturam o compreender e a compreensibilidade, talvez também a compreensão, e nesse sentido não se pode duvidar da universalidade do problema hermenêutico. Não se trata de um tema secundário. A hermenêutica não é uma mera disciplina auxiliar das ciências românticas do espírito. (GADAMER, 2011b, p. 271)*

## RESUMO

O trabalho em tela possui como temática central desvelar o caráter ideológico da proposta hermenêutica de Richard Posner para o Direito, a partir do referencial econômico. O objetivo geral consiste em desmistificar a pretensa objetividade hermenêutica materializada pela perspectiva de Análise Econômica do Direito do referido autor, descortinando o real propósito deste: inculcar a ideia, tanto nos processos de feitura quanto de aplicação do Direito, da imprescindibilidade da lógica de mercado, o que denota o viés ideológico de sua teoria, estribado no critério da eficiência, a despeito de atenuado, contrariando o que supostamente intenta defender. Quanto aos objetivos específicos da tese, o pesquisador busca, como ato de prelúdio, explicar o tema, qual seja, em que se baseia a perspectiva de Direito estribada no ideário econômico, com enfoque na cognominada Escola de Chicago, ao propor um condicionamento entre Direito e Economia. Ainda quanto a esse particular, verificar-se-á o protagonismo do critério da eficiência, que marcou seu pensamento até meados da década de 1980. Após, discutir-se-á a teoria jus-econômica de Posner enquanto parâmetro de autocontenção judicial, trazendo as alterações do referencial posneriano, ao arrefecer o efficientismo, conferindo forte apelo pragmático-consequencialista, e se isso será suficiente para dar-lhe sustentabilidade teórica, considerando a própria ideia de autocontenção interpretativa judicial, baseado na obra *Cómo deciden los jueces* e, por fim, analisar-se-á a possível incoerência de sua almejada objetividade hermenêutica, ao criticar sua ideologia mercadológica desde Zygmunt Bauman. No terceiro capítulo aborda-se como a proposta hermenêutica de Posner, ao invés de desestimular, fomenta o ativismo judicial. Dessa maneira, discutir-se-á em que consiste o ativismo judicial, quais os seus potenciais efeitos, situações de tolerância de sua aplicação e, ao final do mesmo, discorrer sobre a (in)compatibilidade entre as perspectivas de constitucionalismo: garantismo e principialismo. No quarto – e último – capítulo, para que não recaia sobre o pesquisador a pecha de apenas criticar a doutrina alheia sem apresentar – ou ao menos esboçar – critérios que possam solver minimamente a problemática dos decisionismos nas práticas interpretativas, traz-se algumas sugestões, ou premissas, para tal finalidade, quais sejam: alocar adequadamente as influências morais no Direito, a ampliação de seu círculo de intérpretes, assim como a fundamentação da decisão judicial enquanto teoria geral a aplicar-se aos casos futuros semelhantes, a conferir segurança jurídica, não se identificando, entre tanto, esta última premissa com o consequencialismo caracterizador do *Common Law*. Para lograr êxito nesses propósitos, metodologicamente serão utilizados como método de abordagem, o dedutivo, e como técnica de pesquisa, a bibliográfica.



**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Richard Posner. Autorrestrrição interpretativa judicial. Eficiência.

## ABSTRACT

The work now presented has as its central theme unveiling the ideological character of Richard Posner's hermeneutic proposal for Law, from the economic framework. The general objective is to demystify the alleged hermeneutic objectivity materialized by the perspective of Economic Analysis of Law of the author, revealing your real purpose: to diffuse the idea, both in the processes of making and of applying the Law, of the indispensability of market logic, which denotes the ideological bias of his theory, based on the efficiency criterion, although attenuated, countering to what he supposedly intends to defend. As for the specific objectives of the thesis, the researcher pursuit, as act of prelude, to explain the theme, that is, on that is based the perspective of Law justified under economic ideas, focusing on the so-called Chicago School, to the to propose a conditioning between Law and Economics. Also in this regard, the efficiency criterion, which marked his thinking until the mid-1980s, will be seen. Afterwards, Posner's jus-economic theory will be discussed as parameter of judicial self-restraint, bringing the changes of the posnerian referencial, when weakened the efficiency, giving strong pragmatic-consequentialist appeal, and if it was be enough to give it theoretical sustainability, considering the very idea of judicial interpretative self-restraint, based on the book *Cómo deciden los jueces* and, finally, the alleged incoherence of its desired hermeneutic objectivity, to the to criticize its marketing ideology since Zygmunt Bauman. The third chapter discusses how Posner's hermeneutic proposal, rather than discouraging, fosters judicial activism. Thus, it will be discussed what judicial activism consists of, its potential effects, situations of tolerance of its application and, at the end of it, will be discussed the (in) compatibility between the perspectives of constitutionalism: guarantism and principlism. In the fourth - and last - chapter, so that the researcher does not fall on the point of only criticizing the doctrine of others without presenting - or at least outline - criteria that can minimally solve the problem of decisionisms in interpretative practices, bringed are some suggestions, or premises for that purpose, that is: to appropriately allocate the moral influences on Law, the widening of its circle of interpreters, as well as the fundamentation of the judicial decision as a general theory to apply to similar future cases, to confer legal certainty; however, the latter premise is not identified with the consequentialism that characterizes the Common Law. In order to be successful in these purposes, methodologically will be used as a method of approach the deductive method, and as a research technique, the bibliographic.

**Keywords:** Economic Analysis of Law. Richard Posner. Judicial interpretative self-restraint. Efficiency.

## RESUMEN

El trabajo que se presenta posee como tema central la revelación del carácter ideológico de la propuesta hermenéutica de Richard Posner para el Derecho, desde el marco económico. El objetivo general es desmitificar la supuesta objetividad hermenéutica materializada por la perspectiva del Análisis Económico del Derecho del mismo autor, revelando su verdadero propósito: inculcar la idea, tanto en los procesos de elaboración como de aplicación del Derecho, de la indispensabilidad de la lógica de mercado, lo que denota el sesgo ideológico de su teoría, basado en el criterio de eficiencia, aunque atenuado, contrario a lo que supuestamente pretende defender. En cuanto a los objetivos específicos de la tesis, el investigador busca, como acto de preludio, explicar el tema, a saber, lo que basa la perspectiva del Derecho desde las ideas económicas, centrándose en la llamada Escuela de Chicago, cuando esa propone condicionamiento entre Derecho y Economía. También en este sentido, se verá lo destaque de la de eficiencia, que marcó su pensamiento hasta mediados de la década de 1980. Posteriormente, se discutirá la teoría económica de Posner como un parámetro de autocontrol judicial, trayendo los cambios del referencial posneriano, al debilitar la eficiencia, otorgándole fuerte atractivo pragmático-consecuencialista, y si eso será suficiente para darle sostenibilidad teórica, considerando la idea misma de autocontrol interpretativo judicial, basado en el trabajo *Cómo deciden los jueces* y, finalmente, se analiza la incoherencia posible de su deseada objetividad hermenéutica, criticando su ideología de mercado desde Zygmunt Bauman. El tercer capítulo discute cómo la propuesta hermenéutica de Posner, en lugar de desalentar, fomenta el activismo judicial. Por lo tanto, se discutirá en qué consiste el activismo judicial, sus efectos potenciales, las situaciones de tolerancia de su aplicación y, al final, se discutirá la (in)compatibilidad entre las perspectivas del constitucionalismo: garantista y principialista. En el cuarto, y último, capítulo, para que el investigador no se quede en el plan de solamente cargar la doctrina de los demás sin presentar – o al menos hacer sugerencias – criterios que solvan mínimamente el problema de los decisionismos en las prácticas interpretativas, trae algunas propuestas, o premisas, para tal propósito, a saber: asignar adecuadamente las influencias morales en el Derecho, la ampliación de su círculo de intérpretes, así como la justificación de la decisión judicial como una teoría general para se aplicar a casos futuros similares, para proporcionar seguridad jurídica; sin embargo, la última premisa no se identifica con el consecuencialismo que caracteriza el *Common Law*. Para tener éxito en estos propósitos, metodológicamente se utilizará como método de abordaje, el deductivo, y como técnica de investigación, la bibliográfica.

**Palabras clave:** Análisis Económico del Derecho. Richard Posner. Auto-restricción interpretativa judicial. Eficiencia.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DST – Doença sexualmente transmissível

EUA – Estados Unidos da América

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	17
<b>1 A LEITURA DO DIREITO A PARTIR DO REFERENCIAL ECONÔMICO</b> .....	33
1.1 A ESCOLA DE CHICAGO COMO PROPOSITORA DE CONDICIONAMENTO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA .....	33
1.2 A GÊNESE DA DOUTRINA JURÍDICO-ECONÔMICA POSNERIANA: O PROTAGONISMO DO CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA .....	44
1.3 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN AOS VALORES(?) DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E DA EFICIÊNCIA .....	61
<b>2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER COMO PARÂMETRO DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: UMA FALSA OBJETIVIDADE INTERPRETATIVA?</b> .....	75
2.1 O SENSÍVEL CÂMBIO TEÓRICO PARADIGMÁTICO DE POSNER: O CONSEQUENCIALISMO PRAGMATISTA COMO ARREFECIMENTO DA EFICIÊNCIA IDÔNEO A CONFERIR-LHE SUSTENTAÇÃO? .....	75
2.2 EM QUE CONSISTE A AUTOCONTENÇÃO INTERPRETATIVA JUDICIAL?: ANÁLISE A PARTIR DA OBRA <i>CÓMO DECIDEN LOS JUECES</i> , DE RICHARD POSNER .....	85
2.3 A POSSÍVEL INCOERÊNCIA DO ARGUMENTO DA OBJETIVIDADE HERMENÊUTICA DA AED POSNERIANA: CRÍTICA À IDEOLOGIA MERCADOLÓGICA COM ESTEIO NA OBRA “AMOR LÍQUIDO”, DE ZYGMUNT BAUMAN .....	94
<b>2.3.1 A efemeridade das relações sociais</b> .....	95
<b>2.3.2 O mal global</b> .....	99
<b>2.3.3 Indução ao consumo inconsciente</b> .....	103
<b>3 O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS: ASPECTOS NEGATIVOS E CIRCUNSTÂNCIA(S) DE TOLERÂNCIA OU MESMO DESEJABILIDADE DA POSTURA JUDICANTE PRÓ-ATIVA</b> .....	109
3.1 EM QUE CONSISTE O ATIVISMO JUDICIAL? .....	109

3.2 O PODER JUDICIÁRIO UTILIZADO COMO ÁLEA: CONSECTÁRIO LÓGICO DA FALTA DE PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS .....	120
<b>3.2.1 O aumento do volume de processos correlatos aos assuntos decididos inadequadamente e o robustecimento da morosidade na prestação jurisdicional como potenciais consequências do ativismo judicial .....</b>	<b>120</b>
<b>3.2.2 A lição da obra “Medida por Medida”, de William Shakespeare .....</b>	<b>127</b>
3.3 A JUSTIFICATIVA(?) DA MAIOR INCISIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: EXAME BASEADO NA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES .....	134
3.4 HÁ ANTINOMIA ENTRE A APLICAÇÃO DO DIREITO INSPIRADO EM VALORES E UM ORDENAMENTO BASEADO NO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA?.....	141
<b>4 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS EM ESPÉCIE IDÔNEAS A ENGENDRAR POSTURA DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL .....</b>	<b>149</b>
4.1 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL: QUAL O <i>LOCUS</i> A SER OCUPADO POR JUÍZOS MORAIS? .....	149
4.2 A AMPLIAÇÃO DO CÍRCULO DE INTÉRPRETES: A LEGITIMIDADE HERMENÊUTICA DE TODAS AS PESSOAS DESTINATÁRIAS DO DIREITO, E NÃO APENAS DE QUEM DETÉM O CONHECIMENTO TÉCNICO JURÍDICO .....	162
4.3 A OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL SE CONSTITUIR EM TEORIA GERAL APLICÁVEL AOS FUTUROS CASOS SEMELHANTES: UMA INDECLINÁVEL EXIGÊNCIA PARA A CONSECUÇÃO E MANTENÇA DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA .....	173
4.4 SÍNDROME DE DONA FLOR OU DE COMO A HERMENÊUTICA JURÍDICA NECESSITA DE TEODORO E VADINHO .....	182
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>189</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>201</b>





## INTRODUÇÃO

O vestibulo do trabalho doutoral que se passa a apresentar intenta explicar o *iter* do pesquisador, do início ao final de sua confecção, assim como seu tema, a inquietação que lhe serviu de móbil com a consequente hipótese, quais são seus objetivos, geral e específicos, e a razão pela qual optou pela temática da falência da postura de autorrestrrição interpretativa legada pela Análise Econômica do Direito de Richard Posner.

O tema da tese é a proposta hermenêutica jurídico-econômica engendrada por Richard Posner (2011). Procura-se descortinar como os referenciais interpretativos da Análise Econômica do Direito (POSNER, 2013), na perspectiva estabelecida pelo referido autor norte-americano, são falhos em sua pretensa objetividade. Nesse sentido, a teoria posneriana, especialmente dirigida a magistrados (POSNER, 2011), legaria a estes postura interpretativa autorrestritiva, supostamente idônea a combater o realismo jurídico, alijando a atividade jurisdicional de ideologias, a partir da racionalidade econômica, estribada na maximização da riqueza e na eficiência.

Para os propósitos desse trabalho, delimita-se o alcance do vocábulo “ideologia”, com esteio em Marcuse (1973) e Head (1987), como a tentativa de dominar a sociedade por intermédio de uma visão racional de mundo na qual os pendores ditatoriais – para Marcuse (1973) seja do comunismo, seja do capitalismo, mas para os fins desta investigação, do liberalismo econômico, de cunho capitalista – se lançavam como os únicos adequados – ou ideais – para solver a problemática que exigia resposta, no caso, do Direito.

Vale dizer, a temática central diz respeito a limitações interpretativas no Direito, nas quais se busca a redução da subjetividade do intérprete, mormente daquele exercente da judicatura. Para tanto, analisa-se como a proposta hermenêutica informada pela Análise Econômica do Direito de Richard Posner é contraditória e, portanto, inidônea a esse fim, a partir do instante em que se constata que essa neutralidade econômica simplesmente inexistente, dada a ocorrência, de fato, do câmbio de uma ideologia qualquer a informar o Direito por outra: a da lógica de mercado.

O problema da investigação se pode exprimir da seguinte maneira: a teoria de autocontenção da decisão judicial, baseada no critério da eficiência da Análise Econômica do Direito alvitada por Richard Posner, alija da interpretação o caráter ideológico do hermeneuta?

A hipótese apresentada a tal indagação contesta-lhe negativamente, defendendo que, em realidade, Posner (2011) busca suggestionar uma necessidade indeclinável de interpretar o

Direito a partir de racionalidade objetivante de cunho econômico por supostamente reduzir de maneira drástica a subjetividade do julgador.

Em essência, reitera-se, o que ocorre é o câmbio de uma determinada ideologia por outra: a da lógica de mercado, baseada no critério da eficiência, que, por mais que atenuado, ainda continua a informar um modo de produção e interpretação do Direito que faz deste rele instrumento implementador do ideário econômico (HEINEN, 2016), isto é, põe o Direito a serviço irrestrito da Economia; por esse motivo é afigura-se como possivelmente falha a proposta.

A partir desses fundamentos, Posner (2011) pretende lançar as bases de uma hermenêutica que pretensamente dota o Direito de previsibilidade mínima, à luz de um padrão comportamental que a Economia metodologicamente fornece ao Direito, oportunizando-lhe o aspecto científico que este, por suas próprias forças, não haveria lograr. Consectário: segurança jurídica, porquanto efetivada estaria a isonomia, em razão do rechaço a posicionamentos decisionistas.

Há que se ter cautela, pois a ambição de se arvorar a Economia, em particular a Teoria Microeconômica – caracterizada pela necessidade de alocar eficientemente os escassos recursos disponíveis (SILVA, 2017), com base em um liberalismo que possui por finalidade maior maximizar as riquezas –, do caráter de *behaviorismo* com contornos de infalibilidade é infausto, dada a impossibilidade de se prever com exatidão o comportamento dos atores sociais diante das mais variadas e complexas pressões às quais se submetem.

Outrossim, caso a ideia em análise se implementasse, os próprios direitos sociais, em especial aqueles que demandam o aporte de recursos financeiros, como saúde, educação e segurança, por exemplo, restariam seriamente comprometidos (ROSA, 2012), porquanto alicerçados na racionalidade mercadológica trazida pela Análise Econômica do Direito, que transforma o próprio juiz em agente do mercado.

Dessa forma, a “previsibilidade” de sua conduta – que por esses fundamentos nem de longe deveria ser havida como a mais desejada – seria no sentido de maximizar a riqueza, e os investimentos em referidos direitos seriam concebidos como “despesas” quiçá supérfluas e, por isso mesmo secundários; logo, ineficientes.

A consequência disso é que a natureza do Direito se desvirtuaria a ponto de sua finalidade principal, que deve ser proporcionar às pessoas o desenvolvimento de suas potencialidades na maior medida possível (DWORKIN, 2005), seria deslocada para a “categoria” de preocupação periférica, ao passo que passaria a centrar todos os seus esforços no acúmulo de riquezas, quando estas eram quem deveriam estar a serviço dos direitos. Dessa

maneira, o Direito converter-se-ia em mero instrumento dotado de cogência para satisfazer os propósitos do ideário econômico.

A esse propósito deve o Direito se insurgir (HEINEN, 2016), não significando isso que seja realidade estanque, incomunicável; no entanto, a assimilação das premissas de outro campo do conhecimento deve ser estabelecida como condicionamento recíproco, e não de forma acrítica, na qual um engloba de tal forma o outro que já não é mais o que deveria ser, dada a desnaturação que sofreria. Essa desnaturação é exatamente o que ocorre com o Direito a partir do instante em que a Análise Econômica do Direito a este se “incorpora” estribada nos ideais supracitados.

O recorte epistemológico desse trabalho, que o faz preencher o requisito da originalidade própria de uma tese, é analisar um aspecto específico da doutrina de Richard Posner, qual seja, sua perspectiva hermenêutica para o Direito, e a partir daí apontar-lhe as fragilidades, para ao final sugerir critérios que possam, estes sim, conferir objetividade aos processos interpretativos sem que seja mero simulacro a esconder a implantação de dada ideologia.

O ineditismo do trabalho, a seu turno, pode ser observado quando se busca, como forma de reduzir a subjetividade do intérprete, em especial a do magistrado, vincular os fins sociais colimados pela norma jurídica, cuja aquilatação compete ao juiz fazer, ao *télos* constitucional, aferíveis notadamente nos artigos 1º, 3º e 170, com proeminência da dignidade da pessoa humana, e com isso posturas decisionistas tendem a restar mais comedidas.

Essa maneira de vislumbrar a interpretação do Direito é contrária aspiração de Posner (2011), constituindo-se em crítica a este, porquanto o referido autor norte-americano visa disfarçadamente imprimir uma maneira de interpretar o Direito na qual a objetividade seria apenas verniz, vez que em essência carregada estaria da ideologia mercadológica da maximização da riqueza e da eficiência, como linhas de pensamento a guiar o proceder do julgador. Dessa maneira, confere-se aporte inédito às críticas à proposta hermenêutica de Posner para o Direito.

Assim, como objetivos dessa tese pode-se assentar a existência de um, que é principal, de cunho generalístico, e quatro acessórios, oriundos daquele, e cujo propósito é especificá-lo. O objetivo principal é desvelar a possível falência da objetividade da proposta hermenêutica de Posner (2011) para o Direito sob a batuta da eficiência. Dessa forma, os objetivos específicos são explicar como se dá a “filtragem” do Direito a partir do referencial econômico; discutir a Análise Econômica do Direito de Richard Posner como baliza para a criação de uma teoria de autorrestrição interpretativa judicial e como esta, ao invés de reduzir decisionismos, ativismos

judiciais, o robustece; a seguir, vai-se discutir o ativismo judicial, desde seus fundamentos até seus possíveis efeitos, e situação(ões) nas quais se faz necessário, e em que moldes isso deve se dar; por fim visa estabelecer algumas premissas objetivas que potencialmente poderiam conferir à interpretação do Direito um caráter menos decisionista, em que pese o fato de se reconhecer que inexiste interpretação “isenta”, dada a natureza humana de “tomar partido”, mas ao menos essa poderia reduzir a subjetividade a patamares toleráveis.

A razão de ser deste trabalho, isto é, a sua justificativa, manifesta-se especialmente pelo fato de constituir-se em alerta para um olhar mais crítico em relação à proposta hermenêutica de cariz econômico, autorrestritiva, que Posner (2011) tem para o Direito, pois sob a alegativa de reduzir voluntarismos jurídicos, por meio de uma pretensa “neutralidade econômica” aplicável ao Direito, em especial nos provimentos jurisdicionais – pois que é esta função estatal que detém a legítima autoridade para “dizer o Direito” –, em realidade os fortalece, e o pior: por meio de metodologia que reduz o Direito a instrumento econômico, condicionado unilateralmente pela eficiência e pela maximização da riqueza.

O motivo da escolha da teoria econômica capitaneada por Richard Posner dentre tantas outras existentes não é mero juízo discricionário; ao revés, o que levou o pesquisador a gravitar para a órbita posneriana foi o fato de, em terras brasileiras, o autor norte-americano ser o mais destacado pensador da Análise Econômica do Direito.

Esta constatação não é apenas subjetividade; critérios objetivos estribam a afirmação, como as bibliografias dos cursos de pós-graduação brasileiros (HEINEN, 2016), que ao se referirem ao pensamento econômico aplicado no Direito, trazem as obras do autor com bastante protagonismo, como se demonstra no tópico específico desta tese.

A crítica que se intenta fazer se materializa quando do desvelamento das debilidades que da lógica econômica decorrem, sendo o mais nefasto deles a redução do Direito a um instrumental a mercê da realização dos fins econômicos (DWORKIN, 1980), não raro insensíveis aos direitos fundamentais; vale dizer, legítima uma realidade na qual o que interessa é o acúmulo do “vil metal”, relegando as necessidades humanas à secundariedade, dada a “negocialidade” que até mesmo bens inegociáveis – *v.g. (verbi gratia)*/por exemplo), direitos fundamentais – passam a ter, à luz da doutrina econômico-liberal a informar a objetividade hermenêutica em escopo.

Em apertada síntese, este o móbil da realização desta investigação com base na temática proposta. No entanto, para lograr êxito no atingimento dos objetivos mencionados, necessária se faz a adoção de metodologia idônea a conferir o caráter de cientificidade que

escritos acadêmicos demandam. Para tanto, metodologicamente o autor se valeu do ferramental que segue.

O método de abordagem utilizado, de acordo com Marconi (2000), será o dedutivo, partindo-se da análise generalística da teoria hermenêutica de caráter econômico de Richard Posner à constatação de sua aplicação em situações particulares, com o propósito de, a partir dos vazios da doutrina posneriana, criticá-la, e sugerir balizas interpretativas objetivas. Conforme referida autora, tem-se que o método dedutivo é aquele “cuja aproximação dos fenômenos caminha geralmente de planos abrangentes, indo das constatações mais gerais às mais particulares (conexão descendente).” (MARCONI, 2000, p. 43)

O método de procedimento utilizado, ainda na esteira de Marconi (2000, p. 44), será o monográfico, que “estuda, em profundidade, determinado fato sob todos os seus aspectos”, e como técnica de pesquisa adotar-se-á a bibliográfica e documental, por meio da análise de documentação indireta ou secundária; vale dizer, material que já foi analisado por outros pesquisadores, como artigos científicos, livros e jurisprudência. Quanto à referida técnica, observe-se:

São processos de que se serve a ciência, ou habilidades para utilizar esses preceitos ou normas, na obtenção de seus propósitos. Correspondem à parte prática da coleta de dados. Apresentam duas divisões: a) documentação indireta: abrange a pesquisa documental e a bibliográfica; b) documentação direta, que se subdivide em observação direta intensiva, com técnicas de observação e entrevistas; e observação direta extensiva, apresentando várias técnicas, como questionário, formulário, teses, medidas de opinião e de atitudes, análise de conteúdo etc. (MARCONI, 2000, p. 45)

Passado o aspecto metodológico *stricto sensu*, é prudente delimitar o alcance de algumas expressões que são centrais para o bom entendimento das ideias defendidas, mormente pelo fato de os signos linguísticos pelos quais se expressam os campos do saber sociais, a exemplo do Direito, serem naturalmente plurissignificativos. Ei-las, destacadas em itálico.

Por “Epistemologia” entenda-se a parte da Filosofia que se ocupa com os postulados fundamentais para que dado campo do conhecimento seja caracterizado como ciência, sem que com esta venha a se confundir, pois que Filosofia não é ciência, mas indaga das condições que possibilitam o existir desta, a saber, o objeto de estudo, o(s) método(s), assim como suas leis – no sentido de constante, algo que permanece incólume no espaço e no tempo – próprias. Somente quando se encontram previamente estabelecidos estes três elementos é que há falar-se em ciência, e isto é função da epistemologia. Tal noção estriba-se em A. L. Machado Neto, para quem:

Para que o cientista possa trabalhar o seu campo específico, este campo já há de ser delimitado – objeto –, o caminho que a ele pode conduzir já se há de ter desbravado – método –, e já deve ser possível, percorrendo tal caminho, descobrir no objeto ou campo científico aquelas regularidades que chamamos leis, descoberta que constitui

o objetivo teórico de toda ciência. [...] E se não há qualquer ciência que de ciência se ocupe, deve haver um outro campo do saber que trate, especialmente, das ciências. E esse campo do saber existe. Só que não é científico. É filosófico. Seu nome deixa bem claro o mister de que se ocupa: *epistemo-logia*, i.e., teoria (*logos*) da ciência (*epistème*). (MACHADO NETO, 1987, p. 1-2)

Com apoio em Silva (2017, p. 184), compreende-se que a “Hermenêutica”, ao longo do transcurso histórico, que remonta à Antiguidade clássica, experimentou acepções diversas, das quais três se notabilizam, a saber: como arte, como técnica e como filosofia. Enquanto arte, significou a prática de “extrair” sentido apriorístico do enunciado – em um primeiro momento das Sagradas Escrituras, depois dos textos jurídicos – por parte de quem detinha a “arte” ou *expertise* necessária para tanto; enquanto técnica, a figura do *expert* foi substituída pelo cientista do Direito, que, por meio de técnicas interpretativas, igualmente “extraía” o sentido do enunciado, também aprioristicamente.

Nesse sentido, ainda com base em Silva (2017), observa-se que Kelsen inova em relação à noção de sentido prévio do enunciado normativo, conforme propugna o excerto infra, ao estabelecer que este:

Avança pragmaticamente, ao inferir ser impossível predefinir sentido nas normas: nem um nem mais de um. Simplesmente não há como! Pode ocorrer de uma interpretação subsequente em determinado caso construir um sentido que “não estava lá”. Mas como o intérprete faz isso? O contexto do caso, a soma das circunstâncias o leva a esse resultado. Eis a dimensão pragmática do Direito, e a revisão da postura kelseniana. (SILVA, 2017, p. 188)

No entanto, somente com Gadamer (2011a), concebendo-a enquanto filosofia, houve o avanço de forma a compreender que o sentido apenas se descortina *a posteriori*, quando da interpretação, dada a inexistência de significado prévio: em outros termos, a atividade hermenêutica é essencialmente criativa, onde a linguagem assume posição central. Veja-se:

O fato de a essência da tradição se caracterizar por seu caráter de linguagem adquire seu pleno significado hermenêutico onde a tradição se torna escrita. Na escrita a linguagem se liberta do ato de sua realização. Na forma da escrita todo o transmitido está simultaneamente presente para qualquer atualidade. Nela se dá uma coexistência de passado e presente única em seu gênero, na medida em que a consciência presente tem a possibilidade de um acesso livre a tudo quanto tenha sido transmitido por escrito. A consciência que compreende, liberada de sua dependência da transmissão oral, que traz ao presente as notícias do passado, porém voltada imediatamente para a tradição literária, ganha uma possibilidade autêntica de avançar os limites e ampliar seu horizonte, enriquecendo assim seu próprio mundo com toda uma nova dimensão de profundidade. (GADAMER, 2011a, p. 504-505).

Essa a perspectiva adotada nesta investigação. Dessa forma, com o fito de não se fazer dessa atividade inovadora verdadeiro invencionismo ou “contorcionismo” jurídico, urge dotá-la de caráter minimamente objetivo, idôneo a garantir mínima previsibilidade comportamental nas práticas interpretativas do Direito.

“Análise Econômica do Direito (AED)”. Segundo Silva (2017, p. 155), não há perspectiva única a respeito do que venha a ser o Direito: este pode ser concebido a partir de prismas históricos, sociológicos, normativistas, dentre diversos outros. No entanto, de acordo com o aludido autor (2017, p. 156), de forma objetiva, tem-se que o Direito se traduz em normatividade que intenta induzir, ou seja, regular o proceder humano, dotando suas ações ou abstenções de exigibilidade garantida que, uma vez transgredida a realidade tutelada, torna-se passível de restauração por meio do elemento sancionador.

A Ciência Econômica, a seu turno, para Gico Jr. (2014, p. 1) possui por objeto de estudo a escassez de recursos disponíveis, e como este mesmo ser humano age diante da necessidade de decidir ante as alternativas que se apresentam em seu horizonte, por aquela que se afigure como sendo a mais adequada.

Nesse diapasão, traz Gico Jr. (2014, p. 1) que a Análise Econômica do Direito possui por escopo lançar mão dos instrumentais prático-teóricos da Ciência Econômica para alargar a cognição do Direito, aprimorando-o, desde seu nascedouro, passando por sua aplicação e, especialmente, em seus efeitos, notadamente com a propalada previsibilidade comportamental. Sob prisma mais específico, constituindo o recorte do trabalho, A “Análise Econômica do Direito” é aqui concebida na perspectiva de Richard Posner, segundo a qual:

Si los métodos más eficientes no perjudicaran a otros valores, aquéllos serían socialmente deseables, aunque la eficiencia ocupara un lugar bajo en el tótem de los valores sociales. Por lo que hace al papel positivo del análisis económico del derecho – el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores –, veremos en los capítulos subsecuentes que muchas áreas del derecho, sobre todo, pero no únicamente, los grandes campos del derecho común de la propiedad, los cuasdelitos, los delitos y los contratos, ostentan la marca del razonamiento económico. Es cierto que pocas opiniones judiciales contienen referências explícitas a los conceptos económicos. Pero es frecuente que las bases verdaderas de la decisión legal estén ocultas antes que iluminadas por la retórica característica de las opiniones<sup>1</sup>. (POSNER, 2013, p. 57-58)

Entretanto, sabe-se, de acordo com Salama (2010, p. 2), que o caminhar posneriano na Análise Econômica do Direito – AED – não experimentou apenas um ponto de vista, como se pode verificar no trecho abaixo:

Posner deu três principais contribuições à teoria jurídica. Duas redundaram em sucesso e perduram até hoje como referências teóricas importantes: pode-se discordar, mas não se pode legitimamente ignorá-las. Esses casos de “sucesso” são, em primeiro

<sup>1</sup> “Se os métodos mais eficientes não prejudicaram a outros valores, aqueles seriam socialmente desejáveis, embora a eficiência ocupe um lugar abaixo no totem dos valores sociais. Quanto à função positiva da análise econômica do direito – o objetivo de explicar as regras e os resultados legais tal como são, ao invés de alterá-los para torná-los melhores –, veremos nos capítulos subseqüentes que muitas áreas do direito, sobretudo, mas não unicamente, os grandes campos do direito comum da propriedade, dos crimes culposos, os crimes e os contratos, ostentam a marca da racionalidade econômica. É certo que poucas opiniões judiciais contêm referências explícitas aos conceitos econômicos. Mas é frequente que as verdadeiras bases da decisão legal estejam ocultas antes que iluminadas pela retórica característica das opiniões.” (POSNER, 2013, tradução nossa)

lugar, a descrição do direito norte-americano em bases microeconômicas, a chamada análise “microeficientista” do direito; e, em segundo lugar, a reconstrução do pragmatismo jurídico nas bases do que se pode chamar de um “praticismo posneriano”. Tratei desses casos de “sucesso” em outro trabalho, e eu aqui os retomo somente na medida do necessário para compor o quebra-cabeça. Meu ponto central está no exame daquele que num certo sentido pode ser considerado o “fracasso” de Posner. (SALAMA, 2010, p. 2)

Por “decisionismo jurídico”, com apoio em Streck (2013b), deve-se compreender a prática daqueles que, sob a alegativa de promoverem inovação no mundo jurídico, como consequência natural do fenômeno interpretativo do Direito – que só passa a exprimir algo *a posteriori*, quando o enunciado normativo é posto à prova pela situação de uso –, rompem a estrutura de base do enunciado, subvertendo os balizamentos mínimos estabelecidos pela entidade criadora (legislativo, judiciário, doutrina), ante a inobservância de qualquer limite ou vínculo.

“Construção democrática do Direito”. Não se há de confundir norma jurídica com enunciado normativo. Este é a maneira pela qual se exterioriza o Direito (como está escrito), ao passo que aquela é o produto da interpretação. À luz de Streck (2014b, p. 339) não se pode perder de vista que por mais que o enunciado normativo seja “quase silente”, pois que só passa a exprimir algo quando posto à prova pela situação de uso, ou seja, quando interpretado, fato é que no nascedouro de dito enunciado se encontra mínimo direcionamento, o que se ora cognomina “estrutura de base”, que não se pode romper, pois do contrário subvertida estaria a estrutura engendrada pela entidade criadora, que defere ao Direito *status* de construção democrática – *v.g.*, Direito oriundo do parlamento –, pois as práticas interpretativas, despidas de mecanismos de contenção idôneos a conferir a necessária objetividade limitadora de voluntarismos, faria com que o Direito se convertesse em mero instrumento de poder justificador de potenciais arbitrariedades.

Há que se compatibilizar as realidades do intérprete e da entidade criadora, fundindo-se os horizontes (cf. GADAMER, 2011a), buscando combinação harmoniosa entre estabilidade (contexto do legislador, à época da feitura da lei) e movimento (contexto do intérprete, à luz das novas exigências).

Por “externalidades”, na linha de Cooter e Ulen (2010, p. 61) se há de entender o fato ocorrido na medida em que um dado indivíduo, executando serviço de outrem, o propaga à pessoa(s) estranha(s) àquela relação, seja beneficiando (externalidade positiva), seja causando alguma espécie de prejuízo (externalidade negativa), de forma que nem se possa buscar contraprestação daquele que experimentou benesses nem os que se viram prejudicados possam buscar reparação. De maneira literal, tem-se:



A troca ou intercâmbio dentro de um mercado é voluntária e mutuamente benéfica. Normalmente, as partes envolvidas na troca captam todos os benefícios e assumem todos os custos, tendo, portanto, as melhores informações sobre a desejabilidade da troca. Mas às vezes os benefícios de uma troca poderão se refletir em outras partes que não aquelas explicitamente envolvidas nela. O primeiro caso é um exemplo de um benefício externo; o segundo, de um custo externo. Um exemplo de benefício externo é a polinização que um apicultor oferece a seu vizinho que tem um pomar de maçãs. Um exemplo de custo externo é a poluição do ar ou da água. (COOTER; ULEN, 2010, p. 61)

“Eficiência.” No sentido empregado nesta investigação, por eficiência adotar-se-á o critério de Nicholas Kaldor e John Hicks – Kaldor-Hicks – (1939), engendrado no ideário de compensação potencial, de maneira que um estado de coisas ou estado social dado é eficiente em relação a outro estado, caso após o câmbio de um estado a outro aquele(s) indivíduo(s) que experimentou(aram) uma melhora em detrimento de outro(s), que se viu(ram) em um estado de prejuízo, compense(m) a este(s), na maior medida possível, o que faz com que se diferencie da perspectiva de Pareto (1996, p. 13), para quem deve haver compensação integral.

As críticas à eficiência não restariam reduzidas nem mesmo quando da inclusão das externalidades nos processos de tomada de decisão, quando a compensação pretensamente deixaria de ser apenas “potencial” e, logo, não desprezaria o fato que do bem-estar geral considerado isoladamente poderia decorrer grandes injustiças, dada a inverossimilhança da pretensão e, por conseguinte, carente fica a proposta de factibilidade e exequibilidade.

“Autorrestrrição judicial”. Trata-se, consoante Streck (2013b), de postura que intenta conter as inclinações de ordem pessoal do julgador quando da atribuição de significado da norma jurídica, seja diante um caso concreto ou de análise em abstrato da mesma. Delimitações feitas, urge apresentar a estrutura do texto, que conta com quatro capítulos.

O primeiro capítulo esclarece que a AED não possui apenas uma acepção, pois ao longo de praticamente sessenta anos de doutrina variados foram os significados (cf. ROEMER, 1994), dadas as diversas perspectivas a partir das quais foi estudada. Assim, discorrer-se-á sobre a influência da AED em Richard Posner (2013), e como este também conferiu conotação própria àquela, na década de 1970.

O autor em apreço constituiu-se em estandarte de uma forma particular de conceber – ou reduzir – o Direito como dispositivo econômico diretivo da conduta dos sujeitos, uma vez controlado o meio ambiente, notadamente ao fornecer ferramental – estribado nas ideias de maximização da riqueza e da eficiência – aos magistrados no sentido de privilegiarem fatos em detrimento das normas jurídicas, falseando a inafastável realidade segundo a qual estas, enquanto reguladores sociais, decorrem do condicionamento recíproco entre as forças políticas dominantes em dado contexto de tempo e espaço.

Dessa forma, Posner (2013) intenta conferir metodologia hermenêutica de cariz econômico ao Direito, baseado em suposta previsibilidade que a Economia, enquanto projeção, poderia fornecer àquele, buscando reduzir o realismo norte-americano, de cunho decisionista.

Os reflexos do instrumental econômico na Ciência Jurídica, nesse diapasão, manifestar-se-iam mais nitidamente pelo fato de conferirem a esta relativo prognóstico de comportamento, que inexistiria no Direito isoladamente (POSNER, 2013). Como corolário lógico, tanto as decisões judiciais tenderiam a se revestir de padronização, reduzindo potenciais arbitrariedades, quanto ressairia o auxílio na decisão pela interpretação mais proveitosa dentre as diversas possíveis no horizonte hermenêutico, vez que os custos agregados da judicialização da política costumam ser elevados, e para tanto se toma por base a noção de eficiência, legando a ideologia à secundariedade (cf. POSNER, 2011).

Nesse sentido, para Posner (2013), a AED não estaria restrita a questões pecuniárias pois uma vez envolvido o aspecto decisório no Direito, notadamente na seara hermenêutica, haveria a necessidade de se estabelecer qual interpretação seria a mais proveitosa em uma gama repleta de interpretações possíveis, e a teoria econômica, no recorte epistemológico aqui delimitado, ao primar pela aplicação racional da norma jurídica informada, forneceria mecanismos limitadores da subjetividade do julgador (POSNER, 2011), com a conseqüente antecipação comportamental.

É certo que se necessita de limitações legítimas à atividade judicante, mas nesta investigação levantam-se dúvidas acerca da desejabilidade da AED para tal desiderato, ante a consagração da ideologia da lógica de mercado para o Direito, afigurando-se, pois, como possivelmente incoerentes seus argumentos, vez que se apresentam exatamente como forma de evitar ideologizações no mundo jurídico, daí sua potencial falência.

Imediatamente após, verificar-se-á como se deu o embate teórico entre Posner e Ronald Dworkin, mormente na concepção da maximização da riqueza e da eficiência como valores a informar o Direito, e quais foram as conseqüências desse “enfrentamento”, ao cabo de quase duas décadas de teses e antíteses de ambos os pensadores.

No capítulo segundo intentar-se-á verificar a possível falência da proposta hermenêutica da AED de Posner para o Direito, em razão de tentar incutir a ideia – potencialmente falsa – que o ferramental econômico seria idôneo a conferir à interpretação caráter menos subjetivo ao se alijar de ideologias, em virtude de a Economia, e aqui especialmente a Microeconomia, ser caracterizada, segundo os partidários do discurso econômico no Direito (ROEMER, 1994), exatamente pela neutralidade, como se este signo distintivo realmente fosse a essência de referido campo do conhecimento ou de qualquer outro,

vez que por mais que se considere a Economia como ciência, até mesmo nas ciências exatas clássicas, como a física e a matemática se podem notar traços determinantes de parcialidade.

Essa “desconfiança”, com base em Japiassu (1975), em realidade, permeia a própria ideia de ciência, não sendo apanágio exclusivo da Economia, pois mesmo as ditas naturais são informadas, não raro, por critérios de ordem política. Explica-se: caso, por exemplo, dado experimento, submetido a determinadas variáveis obtiver 80% (oitenta por cento) de probabilidade, será cientificamente válido.

A rigor, trata-se, nesse sentido, a cientificidade de realidade forjada com base em juízos de valor e, por conseguinte, não há falar-se em afastamento total da subjetividade, porque grupos politicamente constituídos por cientistas nomeados – escolhidos “a dedo” – pelas forças políticas dominantes em determinado contexto de tempo e espaço, são que acabam por decidir o que é válido do ponto de vista científico. Exemplificativamente, tem-se a nomeação de membros como coordenadores de área de instituição de pesquisa que estejam alinhados politicamente a um grupo de interesse específico. Nem sempre, pois, as diretrizes estabelecidas por estes serão científicas. Observe-se:

Irremediavelmente marcada pela sociedade em que ela se insere, a ciência é portadora de todos os seus traços e reflete todas as suas contradições, tanto em sua organização interna quanto em suas aplicações. Portanto, não há crise da ciência, mas somente aspectos específicos à ciência da crise social geral. (JAPIASSU, 1975, p. 7)

Quando tais ideias se transportam para o Direito, o discurso adquire contornos ainda mais dramáticos, vez que ele – o Direito – é eminentemente retórico, não lidando com asserções (verdade e mentira), mas sim com opiniões, que podem ser mais ou menos plausíveis, de acordo com Perelman (1998). Ou seja, não busca demonstrar a verdade, mas convencer alguém, por meio de argumentos fortes o suficiente, que determinada posição é, ao menos, minimamente aceitável.

Os fundamentos, dessa maneira, tendem a ser infaustos, porque inexitem a neutralidade, a propalada “inocência” e as boas intenções desinteressadas na proposta juseconômica, vez que o efetivamente buscado, mas que se propõe a ocultar, é a substituição de uma dada ideologia por outra: a lógica econômica, sobremaneira quando da aplicação do Direito ao caso concreto, isto é, na atividade judicante<sup>2</sup>.

E tal ideologia pauta-se pela maximização da riqueza e pela eficiência, que por mais que hajam experimentado sensíveis temperamentos na teoria de Posner (cf. SALAMA, 2010),

---

<sup>2</sup> Nesse sentido recomenda-se a leitura da obra **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011, de Richard Posner, onde o desenvolvimento das ideias de assimilação do referencial econômico no processo de tomada de decisão judicial encontra-se demonstrado plenamente.

quando da conversão deste autor ao pragmatismo consequencialista, ainda permanecem, ao menos em estado de latência, como informadores axiológicos do Direito.

Tentam esses “valores” imiscuir-se de tal forma – mas de maneira disfarçada – no Direito que seriam os reais fins a serem perseguidos, e não meios para se alcançar a justiça social ou, falando de outra forma, ao invés de serem o ferramental utilizado para o atingimento das virtudes humanas, *v.g.*, justiça, liberdade, dignidade, vida, dentre outras, seriam a maximização da riqueza e a eficiência os próprios objetivos a serem buscados, o que, efetivamente, não se pode conceber (DWORKIN, 2005), nem mesmo em uma realidade espaço-temporal marcada pela racionalidade, como aquela na qual a AED se originou e se desenvolveu: os Estados Unidos da América – EUA.

Ademais, o próprio pragmatismo é bem questionável, pois, na esteira de James (2005, p. 31), há nítida secundariedade ao aspecto teórico, ao propor análise baseada nas consequências práticas dos fatos que são de interesse de determinado nicho social, especialmente dos grupos com poderio suficiente para fazer valer as suas vontades, até se podem antever as decisões; no entanto, estas estarão fundamentadas na ótica econômico-liberal, o que não se afigura como desejado, pois nessa forma de se “enxergar” o Direito, o ordenamento jurídico não seria outra coisa a não ser entrave para a implementação da maximização da riqueza. Observe-se:

Um pragmatista vira as costas resolutamente e para sempre para muitos hábitos arraigados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, de soluções verbais, de razões ruins *a priori*, de princípios fixos, sistemas fechados e origens e absolutos fingidos. Volta-se para a concretude e a adequação, para os fatos, para a ação e para o poder. Isso representa tornar reinante o temperamento do empiricista e abandonar sinceramente o temperamento do racionalista. Significa ar livre e possibilidades junto à natureza, oposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade. (JAMES, 2005, p. 31)

Decorre, nessa toada, virtual incoerência na proposta, dado que a AED posneriana, pleiteando dotar a interpretação e aplicação do Direito de consequencialismo objetivante, limitador de ativismos subjetivistas, *a posteriori*, a partir do ferramental econômico, alcança rigorosamente o contrário: faz com que a ordem jurídica se afunde no caos da incerteza, ao possibilitar voluntarismos, que decorrem exatamente na falta de “fé”, por parte principalmente dos órgãos judicantes, do poderio coercitivo das normas jurídicas, ante o enfraquecimento destas pelo paradigma contratualista (ROSA, 2012) – e, logo, individualista – imposto pela AED, no qual absolutamente tudo se torna negociável em nome da liberdade dos mercados, que vê no ordenamento jurídico, reitere-se, grande óbice para suas pretensões, que perde, dessa forma, o poder de outrora, a autoridade hierárquica de compelir os julgadores a proferirem decisões alijadas de individualismo.

Em outros termos, há uma inversão de sujeições: a norma jurídica, em especial a lei, de cunho geral, oponível *erga omnes*, passa a ser subordinada ao contratualismo, pautado pela ótica do liberalismo econômico, de uma porosidade de fronteiras que espezinha os direitos fundamentais. Esse o busílis da questão.

Nesse particular evidenciam-se a pujança e o protagonismo do poderio econômico para mascarar a realidade, que é, em verdade, ideologizar um processo de aplicação (interpretação) do Direito cuja consequência é fazer dos dispositivos jurídicos “ferramentas”, a serviço do ideário econômico.

Assim, por intermédio desse estratagema pretensamente despsicologizante, impõe-se, sob o pretexto de ser proposta de autocontenção do Poder Judiciário, a ditadura da Economia no Direito, sendo, portanto, antidemocrática, ao sugerir (POSNER, 2011) – disfarçadamente – a adoção, pelos magistrados, de critérios interpretativos ideológicos e, por isso mesmo, arbitrários.

Para tanto, analisar-se-á se o deslocamento do eixo da doutrina posneriana do efficientismo para o consequencialismo de caráter pragmático (cf. SALAMA, 2010) é suficiente para dotar sua teoria jurídico-econômica de robustez suficiente para se caracterizar como postura defensável para se pensar o Direito.

Examinar-se-á ainda em que consiste a autocontenção interpretativa judicial (cf. THAYER, 1893), os avanços e retrocessos da proposta para, por fim, verificar a incongruência inafastável da proposta posneriana, que de objetividade possui apenas “verniz”, vez que em essência, em seu conteúdo, é mais uma proposta de imposição de uma ideologia específica.

Muito se esforça nesse propósito porque já que apenas o Direito é capaz de obrigar licitamente alguém a agir ou a se abster, e se o Direito apenas passa a “dizer” alguma coisa, de acordo com Gadamer (2011a), quando interpretado, caso essa interpretação seja consonante com os interesses de determinada casta, mais facilmente estes serão efetivados, independentemente do “gostar” ou “não gostar” por parte das demais camadas sociais, inviabilizando sobremaneira o pluralismo, que deve nortear o Direito.

No capítulo seguinte – o terceiro – examina-se o ativismo judicial e a situação de banalização do direito fundamental do acesso à justiça, ou da inafastabilidade da jurisdição, criada por ele, pois as decisões pautadas por critérios única, ou em grande parte pessoais do julgador tendem a encorajar aventuras judiciais, que fatalmente não seriam convertidas em demandas se o cenário não fosse esse de falta de padrão nas decisões judiciais.

Em outros termos, o Judiciário termina servindo como um grande jogo de azar forjado no ideário decisionista (STRECK, 2013b). Como possíveis consequências desse paradigma

estão o aumento do número de casos requerendo apreciação judicial e, como desdobramento natural, a inviabilização de direito constitucionalmente garantido, qual seja, a duração razoável do processo.

Em seguida, valendo-se das articulações que o Direito possui com a Literatura, estribado em Dworkin (2005), argumenta-se que embora o tema ativismo judicial seja atual – atualíssimo, entenda-se –, não se pode dizer ser o mesmo jovial, pois mesmo antes de sua análise formal, no século XIX, nos EUA, como se verá (cf. THAYER, 1893), Shakespeare (2006), ao menos dois séculos antes, em 1604, já denunciava as arbitrariedades perpetradas por quem cabia o ato de interpretar e dar o Direito ao caso concreto, a partir da obra *Measure for Measure* (“Medida por Medida”).

Ainda se analisará em que circunstância(s) se legitima o proceder ativista do Poder Judiciário, adotando por matriz a Jurisprudência dos Valores, assim como fazendo o aporte de distinta visão que poderia legitimar o ativismo.

Por fim, perscruta-se acerca da (im)possibilidade de compatibilização entre a aplicação de um Direito fortemente marcada por traços axiológicos e um ordenamento jurídico inspirado no constitucionalismo garantista, este na perspectiva perpetrada por Ferrajoli (2015).

No quarto capítulo o pesquisador estabelece critérios que podem auxiliar o intérprete nos processos de tomada de decisão, com o alijamento subjetivo tendente a diminuir o ativismo judicial. O pesquisador dá-se a este trabalho pelo fato de entender ser obrigação de quem aponta os supostos defeitos e combate dada doutrina – no caso em apreço, tratar como falho o discurso econômico de Posner no Direito enquanto postura autorrestritiva interpretativa judicial – apontar também quais seriam as possíveis “saídas” idôneas a contornar tais problemas.

Caso contrário, entende que o trabalho padeceria de um vazio, e não estaria a fazer outra coisa a não ser “cortar as cabeças da Hidra de Lerna”, não sanando a problemática. Faz-se imperativo agir tal qual Hércules<sup>3</sup>.

Dessa forma, por mais que o objetivo principal da tese seja verificar em que consiste a falência da AED enquanto teoria hermenêutica de autocontenção, entende o pesquisador que também é essencial – por mais que não seja central – trazer alguns paradigmas que podem servir de esteio a uma interpretação mais objetiva, embora não tenham a pretensão de ser as únicas – nem poderiam ser – alternativas, mas que ao menos se mostram defensáveis. No entanto,

---

<sup>3</sup> Hércules é um personagem da mitologia grega, filho de Zeus, havendo os romanos posteriormente o nominado “Hércules”, que dentre suas proezas matou o monstro multicéfalo conhecido por “Hidra de Lerna”, que possuía, segundo SPALDING (1965, p. 178) capacidade descomunal de regenerar-se dos golpes sofridos, inclusive fazendo surgir duas cabeças no lugar de cada cabeça cortada.

neutralidade, em temas humanos, consoante se depreende de Japiassu (1975), inexistente; o que se pode fazer é tentar distanciar-se, tanto quanto possível, de ideias pré-concebidas.

Quando se critica a proposta hermenêutica da AED, e apresenta balizamentos interpretativos, não busca o pesquisador estabelecer critérios de verdade absoluta, até porque a opinião esposada é que esta inexistente, com apoio em Perelman (1998). O que pode haver são valores absolutos, cujos sentidos cambiam em função das condicionantes tempo e espaço. Os valores são absolutos, atemporais, mas as percepções que se tem sobre eles são cambiantes. Exemplificativamente: busca-se, independentemente do contexto espaço-temporal, a justiça, mas o que se entende por justiça varia. A dimensão hermenêutica é mutável (GADAMER, 2011a).

Nesse sentido, não há falar-se em dogmas incontestáveis e atemporais, sendo mesmo certo que se gravita quanto a esse particular para a “Nova Retórica”, de Perelman (1998), segundo a qual é equivocado pensar em uma única resposta correta, vez que o próprio processo argumentativo é condicionado pela situação de uso ou, utilizando emprestada expressão clássica de Perelman, pelo “auditório” a que se tenta persuadir, dividindo com o mesmo as teses previamente selecionadas. A intenção, portanto, é buscar reduzir ao máximo os decisionismos judiciais.

Referidos paradigmas que aqui se propõem são premissas epistemológicas, idôneas a promover limitações necessárias à atividade interpretativa, em especial nas oriundas de provimentos jurisdicionais, pois o Judiciário é a função estatal detentora da autoridade para “dizer o Direito” (*iurisdictio*), visando efetivar o Direito democraticamente construído (STRECK, 2014b, p. 339), havendo como corolário lógico a resistência a decisões judiciais estribadas somente – ou em grande parte – em pendores do julgador, sem que isso importe em privilégio ao outro extremo interpretativo, de vinculação literal à norma, primando por uma compatibilização harmônica entre o potencial dinamismo da primeira situação com a estabilidade e presciência que o social reclama, em respeito à segurança jurídica.

Atente-se para o fato que não se concebe neste estudo o Direito como mero consequencialismo exteriorizado pelas decisões judiciais, mas se entende que é necessária mínima antevisão dessas mesmas decisões.

Nessa esteira, o estabelecimento de ditas balizas não deve ser encarado como subtração da atividade interpretativa do magistrado, reduzindo-se a função jurisdicional: ao contrário, os limites e vínculos externam a responsabilidade da qual as decisões judiciais não podem se despir, constituindo-se, ao contrário do que possa aparentar de soslaio, em meio efetivador da

independência do Poder Judiciário, em função da necessidade de antevisão das decisões, sem o que os princípios da segurança jurídica e da isonomia restariam seriamente comprometidos.

Por fim, advirta-se que o estabelecimento de tais balizas ou premissas epistemológicas não faz com que a proposta da tese seja a de uma hermenêutica semântica, “representacional”, na qual as normas jurídicas trariam em si intrínseco sentido: é todo o contrário, como adverte Silva (2017, p. 188).

Não se concebe a hermenêutica sob prisma instrumental, fundamentalmente. Entretanto, há a necessidade de mínima objetividade, pois a perspectiva filosófica, em Gadamer (2011a), que pauta o pesquisador, embora seja a essência do discurso, unilateralmente afigura-se como insuficiente.



## 1 A LEITURA DO DIREITO A PARTIR DO REFERENCIAL ECONÔMICO

1.1 A ESCOLA DE CHICAGO COMO PROPOSITORA DE CONDICIONAMENTO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA. 1.2 A GÊNESE DA DOUTRINA JURÍDICO-ECONÔMICA POSNERIANA: O PROTAGONISMO DO CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA. 1.3 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN AOS VALORES(?) DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E DA EFICIÊNCIA.

O propósito inicial do capítulo da investigação é perscrutar a gênese do Movimento Análise Econômica do Direito – AED –, em fins dos anos 1950, com a Escola de Chicago, e como esta intentava promover o exame dos institutos jurídicos a partir das premissas da Economia, vale dizer, quais as suas premissas, com esteio em figuras de vulto de referida doutrina, a exemplo de Ronald Coase, Aaron Director e Guido Calabresi. Após, ver a evolução da teoria juseconômica de Posner.

Em síntese, esses os assuntos analisados neste *locus* do trabalho, que o leitor encontre no limiar da leitura, cujo escopo maior é exatamente situar quem se presta a ler, nas premissas específicas desta corrente da AED, e questionar a sua aceitabilidade enquanto instrumento de análise do Direito.

### 1.1 A ESCOLA DE CHICAGO COMO PROPOSITORA DE CONDICIONAMENTO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

Desde o instante em que a Economia emancipou-se como saber autônomo, com objeto, método e leis<sup>4</sup> próprias, em meados do século XVIII, e com o contributo decisivo de Adam Smith, por intermédio de sua “A Riqueza das Nações”, publicada originalmente em 1776, e posteriormente com o utilitarismo de Jeremy Bentham, a temática das imbricações entre Direito e Economia é alvo de análise por parte tanto de juristas quanto de economistas.

Em abono a esse entendimento vem o posicionamento de Roemer, para quem:

Los estudios datan del surgimiento de la economía como un campo distinto del conocimiento en el siglo XVIII. Una rama que se remonta, por lo menos, a los estudios de Adam Smith acerca de los efectos económicos de la legislación mercantilista es el análisis económico de las leyes que regulan los mercados explícitos. La otra rama, de la que puede decirse tuvo su origen en el trabajo de Jeremy Bentham de la generación posterior a Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento de actividades de no mercado, tales como delitos, accidentes,

---

<sup>4</sup> Advirta-se que a significação apropriada para o vocábulo “leis”, no contexto aqui proposto, não é aquela que a praxe ao mesmo atribui, como correspondente de norma jurídica; ao revés, a delimitação diz respeito à perspectiva que Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, em sua obra *Do Espírito das Leis*, preceitua como sendo “a relação necessária que resulta da natureza das coisas”, ou, em outros termos, as constantes, que permanecem incólumes no tempo e no espaço.

responsabilidad civil, matrimonio, contaminación y procesos jurídicos y políticos, entre otras actividades de no mercado.<sup>5</sup> (ROEMER, 1994, p. 6)

Dessa forma, Smith, na análise do impacto das normas jurídicas sobre as relações de mercado propriamente ditas, houve o gérmen, ainda que acanhado, do condicionamento entre as realidades jurídica e econômica, a *Old Law and Economics*, ou “Velha Análise Econômica do Direito”, consoante adverte Roemer (1994).

De outro lado, com Bentham, ao promover estudo que superava os condicionamentos pecuniários diretos das leis na Economia, avançando para outros ramos sem apelo econômico imediato, ou ao menos não percebido em um exame açodado, cujos agentes sociais atuavam de forma a potencializar na maior medida possível as suas necessidades, veio à lume a *New Law and Economics*, ou “Nova Análise Econômica do Direito” (cf. ROEMER, 1994, p. 8).

Seja como haja ocorrido, fato é que as perspectivas dos dois retromencionados pensadores (Adam Smith e Jeremy Bentham) serviram como fortes estribos a partir dos quais se proporcionou o desenvolvimento, de maneira autônoma, em idos do final da década de 1950, e início de 1960, nos Estados Unidos da América – EUA –, de acordo Mackaay e Rousseau (2015), do estudo do Direito a partir do referencial conferido pela Economia.

O *locus* privilegiado da gênese do Movimento Análise Econômica do Direito (AED) enquanto estudo sistematizado foi a Universidade de Chicago (SILVA, 2017, p. 36), com a inauguração de sua perspectiva “Tradicional”, deu-se a partir da escrita, por Ronald Coase, do paradigmático artigo nominado *The Problem of Social Cost* (“O Problema do Custo Social”), em 1960, no qual inovava em relação aos condicionamentos jurídico-econômicos, que eram fortemente marcados pela interferência do Estado, fortemente difundido por Arthur Pigou, passando a equalizar as incongruências e assimetrias de mercado por meio de negociações privatísticas, conferindo à esfera estatal caracteres de *ultima ratio*, pois essa se mostra, com relativa frequência, ineficiente, vez que aspectos como morosidade<sup>6</sup>, altos custos com processos

---

<sup>5</sup> “Os estudos datam do surgimento da economia como um campo distinto do conhecimento no século XVIII. Um ramo que remonta, pelo menos, aos estudos de Adam Smith acerca dos efeitos econômicos da legislação mercantilista é a análise econômica das leis que regulam os mercados explícitos. O outro ramo, pode se dizer que teve sua origem no trabalho de Jeremy Bentham, da geração posterior a Smith, é a análise econômica das leis que regulam o comportamento de atividades de não mercado, tais como delitos, acidentes, responsabilidade civil, casamento, contaminação e processos jurídicos e políticos, entre outras atividades de não mercado.” (ROEMER, 1994, tradução nossa)

<sup>6</sup> Adotando-se como referencial a realidade brasileira, essa ideia de se relegar a intervenção do Estado à secundariedade afigura-se como algo até mesmo desejável. Observe-se que o periódico anual *Justiça em Números 2018*, da lavra do Conselho Nacional de Justiça dá conta que no ano de 2017, tomando por base as Varas Estaduais de 1º grau em nível nacional, o tempo médio de duração dos processos alcança o indecoroso lapso temporal de 17 anos e 2 meses, desde o início da fase de conhecimento até a fase de execução. Desmembrando, são cerca de 10 anos e 5 meses na fase de conhecimento e 6 anos e 9 meses na fase de execução, consoante se depreende das páginas 142 e 144 de referida publicação. Disponível em: <http://

judiciais e a própria qualidade dos provimentos jurisdicionais se mostram como elementos praticamente impeditivos; quanto a estes últimos, ressalte-se que por vezes não findam os conflitos existentes, mas apenas põem fim ao processo.

Esse posicionamento encontra arrimo em Coase, como segue:

This paper is concerned with those actions of business firms which have harmful effects on others. The standard example is that of a factory the smoke from which has harmful effects on those occupying neighbouring properties. The economic analysis of such a situation has usually proceeded in terms of a divergence between the private and social product of the factory, in which economists have largely followed the treatment of Pigou in *The Economics of Welfare*. The conclusions to which this kind of analysis seems to have led most economists is that it would be desirable to make the owner of the factory liable for the damage caused to those injured by the smoke, or alternatively, to place a tax on the factory owner varying with the amount of smoke produced and equivalent in money terms to the damage it would cause, or finally, to exclude the factory from residential districts (and presumably from other areas in which the emission of smoke would have harmful effects on others). It is my contention that the suggested courses of action are inappropriate, in that they lead to results which are not necessarily, or even usually, desirable<sup>7</sup>. (COASE, 1960, p. 1-2)

Como decorrência da tese esposada por Coase (1960), tem-se que quando o custo das negociações corresponder a zero (entenda-se também como próximo a zero), a distribuição primeira de direitos não possui qualquer importância no que diz respeito ao critério da eficiência, uma vez que as assimetrias tenderiam a ser sanadas pelas partes envolvidas, com base em concessões recíproca que, se não paritárias, seriam fincadas ao menos em patamares toleráveis.

Dito de outro modo, a avença alcançada torna irrelevante a atribuição inicial de direitos, pois o relevante de fato seria chegar-se ao resultado mais proveitoso, o que apenas não seria possível quando os custos da negociação fossem elevados (STEPHEN, 1993, p. 20); apenas aqui se justificaria a intervenção do Estado – por meio da correspondente norma jurídica definidora – para se atribuir o direito a esta ou àquela pessoa.

---

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 14 fev. 2019.

<sup>7</sup> “O presente ensaio preocupa-se em averiguar as ações das *business firms* que geram efeitos prejudiciais para terceiros. O exemplo clássico é o da fábrica cuja fumaça gera efeitos prejudiciais aos ocupantes de propriedade vizinhas. A análise econômica de uma situação como essa é desenvolvida, geralmente, com base na divergência entre o produto privado e o social da fábrica, numa abordagem na qual os economistas têm, largamente, seguido a proposta de Pigou em *The Economics of Welfare*. As conclusões a que esse tipo de análise parece ter levado a maioria dos economistas são as de que seria desejável fazer com que o dono da fábrica fosse responsabilizado em potencial pelos prejuízos causados àqueles tocados pela fumaça ou, alternativamente, estabelecer um tributo a ser pago pelo dono da fábrica, que variasse de acordo com a quantidade de fumaça produzida e fosse equivalente – pecuniariamente – ao prejuízo causado, ou, ainda, remover a fábrica das áreas residenciais (e, presumivelmente, de outras áreas em que a emissão de fumaça teria efeitos nocivos para terceiros). A tese que sustento é a de que os aludidos cursos de ação são inapropriados, uma vez que conduzem a resultados que não são sempre, ou mesmo usualmente, desejáveis.” (COASE, 1960, tradução nossa)

Ronald Coase (1960) pondera que no caso de os custos de algumas transações serem impeditivos, a solução há de ser definida pela correta definição do sujeito que possuirá a iniciativa de negociar (a questão da atribuição inicial de direitos), pavimentando o caminho rumo a uma solução satisfatória, inclusive quando a outra parte da negociação não estiver acessível, não devendo o propalado “custo zero” das transações ser tomado em sentido literal, mas sim como forma redução de complexidade, como algo que não traga despesas insuportáveis, pois em realidade dificilmente existirá uma negociação absolutamente despida de custos.

A adoção de modelos redutores das complexidades sociais, segundo os partidários da AED, seria medida corriqueira – e eficiente – na Economia, do ponto de vista metodológico, pois fornece ao cientista ferramental idôneo a preocupar-se apenas com a problemática indispensável, evidentemente desde que bem selecionadas as contingências, fazendo com que a metodologia econômica seja bem-vinda ao Direito, vez que o dotaria de uma compreensibilidade e previsibilidade que este, isoladamente, não lograria. Nesse mesmo sentido vem Gico Jr., ao preceituar:

Outro ponto relevante é a questão do uso de modelos para explicar o comportamento humano. A ciência busca compreender e explicar o mundo. Os modelos científicos são o instrumento pelo qual o cientista reduz a complexa realidade para estudá-la. Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades de seu usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar ele será. Assim, um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. (GICO Jr., 2014, p. 24)

Depreende-se, portanto, que Coase (1960) propôs-se a trazer a noção de custo zero por questões meramente didáticas, não sendo adequado afirmar dever ser ignorada a realidade circundante, comumente dispendiosa, e por isso mesmo sua proposta de simplificação dos modelos de análise do Direito a partir da metodologia econômica adquire grande popularidade entre juristas (SILVA, 2017, p. 73), como forma de criação e explicação das normas jurídicas, e mormente por tornar relativamente previsíveis as consequências de sua aplicação a um caso concreto.

As críticas ao denominado “teorema de Ronald Coase”, conforme Mackaay e Rousseau (2015, p. 210), se manifestaram basicamente em função de uma hipotética impotência da Microeconomia para a solvência de cenários nos quais as despesas decorrentes das transações superassem o valor “zero”, o que ocorreria de forma corriqueira, à luz da praxe. Mackaay e Rousseau, ao se debruçarem sobre o assunto, sentenciam:

A eficácia, aqui, reflete o julgamento do ótimo resultante do fato de que todos os ganhos são realizáveis por contratos celebrados dentro do sistema de preços (mercados), se concretizados, levam em conta todos os custos. Por isso, Demsetz

sustenta que é preciso comparar a situação de duas propriedades distintas com aquela em que as duas pertencem a um único proprietário. Se um só proprietário administra o conflito de usos concorrentes entre as atividades do médico e as da marcenaria, aumentará a produção de uma delas desde que os ganhos por ela produzidos ultrapassem as perdas da outra. É exatamente para esse ponto que as negociações entre partes distintas seriam direcionadas na inexistência de custos de transação. Para Demsetz, o sistema dos mercados perfaz sua tarefa ainda que os custos de transação sejam não negligenciáveis. Isso pode ter consequências sobre o grau de bem-estar que se possa alcançar, mas fica, ainda assim, fora do mecanismo de preços e não prejudica em nada a sua eficácia. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 210)

Depreende-se do excerto, à luz da crítica a Coase, exteriorizada por Mackaay e Rousseau (2015), que aquele não haveria desenvolvido adequadamente suas proposições, dado que as negociações são quase que invariavelmente custosas, e para aquele, alguns custos não seriam considerados, seja por desinteresse das partes ou até mesmo por assimetria de informações, decorrendo disso a ausência de uma resposta eficiente ao problema, vez que possivelmente figurariam externalidades a fazerem que o custo das operações excedesse a zero.

O movimento juseconômico inicialmente destinava-se sobretudo aos economistas norte-americanos (MACKAAY; ROUSSEAU, p. 15), investindo na utilização da metodologia econômica no Direito, o que durou até o vestibulo da década de 1970, quando este já havia assimilado as suas diretrizes doutrinárias, fazendo com que a AED lograsse aceitação nas faculdades jurídicas, dado o ferramental disponibilizado pela Economia ser razoavelmente elementar.

No entanto, seu caráter insular é findo muito em razão de Richard Posner, ao escrever a obra *El Análisis Económico del Derecho*, em 1973, quando as ideias rapidamente ganham o Canadá, Oceania e partes da Europa, antes de se espriar mundialmente, consoante ressaltam Mackaay e Rousseau (2015, p. 16): “O movimento da análise econômica do direito precisou de algum tempo para ser aceito em outros países. Na Austrália, Canadá, Inglaterra e Suécia, o interesse se manifestou a partir da metade dos anos 1970.”

Insta trazer que a AED se propunha a realçar o natural caráter de vagueza da interpretação do Direito, no sentido de pugnar por inexistir apenas uma resposta a ser reputada como correta (PERELMAN, 2008), dotando-o de possibilidades de aplicação que reduziam a mera subjetividade do hermeneuta. Aqui se pode observar a aproximação a Gadamer (2011a), pois que se concebe a atividade interpretativa como posterior, ou, em outros termos, prática tipicamente inovadora na atribuição de sentidos, mas complementa o mestre alemão, exatamente por fornecer balizamentos objetivos a conferir limites e vínculos.

Previnem Mackaay e Rousseau (2015) que posturas de resistência marcaram a década de 1980, notadamente por autores como Ronald Dworkin (2005), que questionavam os

fundamentos da teoria, sob a alegativa de não poder ser a riqueza em si mesma um valor<sup>8</sup>, assim como a falibilidade da noção de eficiência, que por ser tipicamente pertencente à Economia não poderia ser aplicada ao Direito, e a problemática da atribuição e distribuição de direitos.

Como desdobramento dos estudos da AED nas universidades, houve naturalmente sua assimilação por múltiplos pontos de vista, originando distintas “escolas” ou linhas de pensamento sobre a temática, não forçosamente excludentes entre si, observando-se, não raro, correlações.

Entretanto, para os propósitos dessa investigação, tem-se que seu recorte específico é a perspectiva de Richard Posner (2013), sendo imperativo, para o atingimento desse objetivo, fornecer noção, ainda que a título de prolegômenos, da acepção tradicional, ou Escola de Chicago, vez que esta foi antecedente possibilitador da doutrina posneriana, e apenas dessa maneira será possível a compreensão holística das implicações econômicas no horizonte jurídico, o que se passa a fazer desde esse instante.

A cognominada Escola de Chicago, centrou-se no fornecimento pela Economia à Ciência Jurídica de ferramental idôneo à concepção, desenvolvimento e consequências das normas jurídicas. Para esse desiderato, havia a prevalência de três ideias centrais (cf. ROEMER, 1994), quais sejam, a da escassez de recursos, a da maximização racional dos próprios interesses e a da necessidade da eficiência, esta última sendo analisada, por questões metodológicas, no tópico imediatamente posterior ao atual.

Como em qualquer tema científico, e em especial naqueles em que o elemento cultural assume relevo, os institutos (no caso em apreço, a escassez de recursos e a eficiência) não possuem sentido unívoco, comportando, pois, múltiplas significações possíveis, sendo necessário, dessa forma, delimitar o alcance das expressões, para que não se conduza o leitor a conclusões inapropriadas.

Da escassez de recursos, que em realidade constitui o objeto de estudo da Economia (GICO Jr., p. 11), origina-se a preocupação de alocá-los com o mínimo de prejuízos possível, ante natural míngua dos mesmos. A coparticipação desse ideário no Direito se espraiava não apenas em campos jurídicos de apelo pecuniário, a exemplo do Direito Tributário, Financeiro,

<sup>8</sup> Nesse diapasão, recomenda-se a leitura de DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 9, p. 191-226, mar. 1980.

<sup>9</sup> Perceba-se que o Movimento Análise Econômica do Direito, como ensina Roemer (1994), não conta apenas com o ponto de vista “Tradicional”, também conhecido como Escola de Chicago, mas com outras vertentes, por vezes conflitantes entre si. Como exemplos – não exaustivos, portanto – de “Escolas” de AED pode-se citar a “Neoinstitucional”, a dos “Direitos de Propriedade”, a da “Escolha Pública” e dos “Estudos da Crítica Jurídica. Para uma visão mais acurada de cada uma dessas Escolas recomenda-se a leitura de ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

Econômico ou mesmo em alguns aspectos do Direito Civil, tal como as Obrigações, Contratos, Coisas e Sucessões (cf. POSNER, 2013), mas também em ramos aparentemente despidos dessa característica, como o Direito do Trabalho, o Direito Penal, o Administrativo e o da Criança e Adolescente, à guisa meramente exemplificativa.

Consoante o entendimento de Mackaay e Rousseau (2015, p. 90): “Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso.”

Nessa toada pode-se carrear para esse escrito a cognominada “judicialização da saúde”. Explica-se. A partir da análise de Smith (1988) e Posner (2013), chega o escrevinhador desta tese à conclusão que os recursos são finitos e, como consectário lógico, o orçamento público, por mais expressivo que seja, também é finito. No entanto, as necessidades humanas são virtualmente ilimitadas. Necessita-se compatibilização entre finitude e infinitude.

Atente-se, pois, para o exemplo anunciado, e imagine-se a situação de pessoa hipossuficiente economicamente que necessita de intervenção cirúrgica de valor vultoso, e que, por óbvio, não dispõe do numerário para implementar o procedimento médico, e este, a seu turno, não é fornecido pelo sistema público de saúde.

Como não consegue efetuar o procedimento, que de tão premente torna inexigível o transcurso temporal demasiado para espera, aciona o Poder Judiciário, para que este compile o ente federado respectivo (seja este a União, algum Estado-membro, o Distrito Federal ou um Município em particular, ou em litisconsórcio passivo) a arcar com os custos.

É mais que previsível que a Administração Pública, em sede de contestação, alegue a propalada escassez de recursos, pois para pagar os custos da cirurgia seria necessário retirar recursos já alocados em outras áreas, que dessa maneira ficariam desguarnecidas, podendo vir a prejudicar não um, mas vários administrados. Esse o argumento corrente. De acordo com Canotilho, é a “ditadura dos cofres vazios”. Observe-se.

[...] a gradualidade está associada, por vezes, à ‘ditadura dos cofres vazios’ entendendo-se que ela significa a realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio económico-financeiro do Estado. Se esta idéia de processo gradualístico-concretizador dificilmente pode ser contestado, já assim não acontece com a sugestão avançada por alguns autores sobre a completa discricionariedade do legislador orçamental quanto à actuação socialmente densificadora do Estado. A tese da insindicabilidade das ‘concretizações legislativas’ ou da ‘criação de direitos derivados a prestação’ pelo legislador assenta no postulado de que as políticas de realização de direitos sociais assentam em critérios exclusivos de oportunidade técnico-financeira. (CANOTILHO, 2004, p. 110)

Essa previsibilidade da tese jurídica levantada pelos entes estatais – a da escassez de recursos – não decorre de mera intuição do pesquisador, mas encontra lastro em produções dos próprios defensores dos interesses estatais. À guisa de exemplo, transporta-se para este trabalho

dados da Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina do ano de 2016. De acordo com Melo (2016):

[...] no contexto de custos altos e crescentes, com limitações de recursos, cabe ao Estado alocar as verbas disponíveis de forma equitativa à população. Trata-se de tarefa, sem dúvida, das mais inglórias que existem. Não apenas pela tragicidade das escolhas, mas também pela escassez atual de critérios claros, consensuais e objetivos para realizá-la.

Marcelo Neves ilustra a questão. Segundo o autor, o município de Tubarão/ SC requereu seu ingresso no recurso extraordinário 566.471/RN, como terceiro interessado, por meio da petição 36.033/2012. Ali, descreve-se que a população da cidade corresponde à aproximadamente 100.000 (cem mil) habitantes e existem 1.120 (mil cento e vinte) demandas judiciais com pleito de fornecimento de medicamentos. Em 2011, o seu orçamento para a chamada “farmácia básica” foi de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Em contrapartida, no mesmo período, gastou em torno de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para obedecer a decisões judiciais relativas a 600 (seiscentos) pacientes.

Em outro exemplo, Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas pesquisaram sobre as ações de saúde propostas contra o estado de São Paulo, apenas no município de São Paulo. O estudo apurou que 60% (sessenta por cento) das prescrições médicas contidas nas demandas tiveram origem na rede particular de saúde. Nesse contexto, pode-se utilizar a tese da reserva do possível como subsídio a demonstrar a efetiva necessidade do destinatário nas hipóteses de tratamento não padronizado no SUS, sem que, contudo, tal estudo seja um óbice à efetivação dos direitos fundamentais. (MELO, 2016, p. 124-125)

Tal alegativa estatal, entretanto, não merece prosperar, pois diante do valor “vida”, que deve ser o fim principal a ser tutelado pelo Direito, o argumento da escassez de recursos torna-se absolutamente secundário, ou, em outros termos, não deve ser o instrumental econômico alçado à categoria teleológica, como o “fim” a ser buscado, mas sim considerar-se como meio para a consecução da proteção integral ao ser humano, visto que o verdadeiro objetivo, digno de tutela, seria a vida.

Nisso consiste a falha no argumento econômico por meio do qual se deveria pensar o Direito, e a respectiva resistência a Posner (2013), pois que passa aquele a assumir contornos totalizantes, ainda que aparentemente despido dessa pretensão (POSNER, 2011); não se trata de escassez de recursos *versus* vida, estritamente falando, mas da necessidade de implementação de uma gestão capaz de manejar os recursos públicos de maneira adequada, para que o direito à saúde seja, de fato, universal, como preceitua a Carta Magna<sup>10</sup>, e como

<sup>10</sup> “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento.”

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”



consectário lógico disso a salvaguarda não apenas da vida humana, mas também de sua existência digna.

Quanto à racionalidade na Escola de Chicago, tem-se que esta encontra-se visceralmente ligada à escassez de recursos, sendo mesmo uma decorrência desta, pois que da própria percepção de limitação dos recursos pelos seres humanos, surge a necessidade de optar pelas alternativas que lhes sejam mais vantajosas (POSNER, 2013), ou seja, a potencialização máxima de seus interesses, e para isso era essencial parâmetro racional objetivo, para que as escolhas fossem as melhores possíveis.

Dessa forma, vislumbra-se um dos mais destacados instrumentos utilizados pela Economia que é a tentativa da antecipação do proceder das pessoas ou das organizações, uma vez submetidas a determinados influxos, o que também se conhece por previsibilidade comportamental, e a partir disso, agir racionalmente (ROEMER, 1994), pavimentando o caminho para a escolha mais proveitosa.

Transportado esse parâmetro racional para o Direito, a pretensão dos partidários da Escola de Chicago seria o vaticínio dos efeitos oriundos dos meios a partir dos quais o Direito se expressa, sob o fundamento que assim possivelmente se poderia o poder criador dos magistrados norte-americanos, desapegado de limites ou paradigmas objetivos, a não ser a sua própria subjetividade – que nada possui de objetivo nem de limitador – quando da aplicação da norma ao caso concreto. Esse posicionamento encontra esteio em Roemer, que afirmou:

Como movimiento, el análisis económico del derecho se desarrolló a partir de la agenda del realismo jurídico. Éste enseñaba que los estudiosos del derecho deberían ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de las ciencias sociales a la que podían recurrir los abogados académicos. Sobre esta base, y partiendo de sus modestos comienzos en la década de 1960, el movimiento del análisis económico de la ley cobró fuerza como tendencia intelectual<sup>11</sup>. (ROEMER, 1994, p. 10)

Tal assertiva não pode passar incólume a uma investida crítica. Observe-se. O paradigma juseconômico da racionalidade padece de fragilidade insanável exatamente porque a própria Economia é pautada por meras projeções, e não por métodos rigorosos – e infalíveis – de antecipação de condutas (cf. ESTEVES, 2010). Ademais, não é razoável falar de racionalidade idônea a conduzir a resultados ótimos, dada a natural e inafastável falibilidade

---

<sup>11</sup> “Como movimento, a análise econômica do direito se desenvolveu a partir da agenda do realismo jurídico. Este ensinava que os estudiosos do direito deveriam ocupar-se da lei tal como funciona na prática, fazendo uso das ciências sociais, e que a economia era uma das ciências sociais à que poderiam recorrer os advogados acadêmicos. Sobre esta base, e partindo de sua origem humilde na década de 1960, o movimento da análise econômica da lei adquiriu força enquanto tendência intelectual.” (ROEMER, 1994, tradução nossa)

humana, pelas mais variadas situações, que vão desde a potencial falta preparo intelectual dos atores sociais até a assimetria de informações. Isso sem falar do possível manejo utilitarismo do referencial econômico. Nesse sentido:

Diante da diversidade de comportamentos empiricamente observáveis, a análise do comportamento social deve ser feita a partir da construção de tipos ideais de padrões de comportamento (e não a partir da adoção de hipóteses comportamentais únicas), os quais seriam então comparados com os padrões de comportamento real observados empiricamente. A ação econômica social racional, ao contrário de ser uma hipótese comportamental, sob a perspectiva weberiana passa a ser uma referência para compreensão da realidade, o ponto de partida com base no qual deve ser demonstrado como – e em que medida – a ação econômica social constatada empiricamente se desvia. [...] Concretamente, pode ser observado empiricamente o comportamento racional, no sentido da teoria econômica; mas não só ele (no sentido de que ele pode não ser o único, ou o mais relevante, para determinada sociedade). (ESTEVES, 2010, p. 144-145)

Nesse contexto ganha relevo a ideia de risco (CALABRESI, 1961) e a perspectiva de uma possível “despreocupação” com judicialização de demandas; para tanto, traz-se exemplificação que reduz a complexidade da realidade (GICO Jr., 2014). Em certas circunstâncias algumas pessoas direcionam suas condutas deliberadamente no sentido de não serem previdentes em nome da atuação eficiente do ponto de vista econômico oriundo do não acautelamento (CALABRESI, 1961), beirando em muitas situações à má-fé.

Como exemplo hipotético, pode-se citar a empresa de telefonia “A”, que oferece aos consumidores a oportunidade de se comunicarem com outros usuários pelo preço de R\$ 0,50 (cinquenta centavos de real) por ligação, independentemente do tempo que esta ligação dure. Pois bem. Imagine-se que esta operadora de telefonia possui 20.000.000 (vinte milhões) de usuários, dos quais 10.000.000 (dez milhões) aderem à oferta. Partindo-se do modesto pressuposto que estes milhões que aderiram efetuam apenas duas ligações por dia, o montante bruto devido à empresa, por mês, seria de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais). Isso em um mundo ideário. Em realidade, o baixo custo das ligações estimula razoavelmente as pessoas a efetuarem as ligações.

Todavia, continuando a acreditar que o consumidor efetua apenas duas ligações por dia, tem-se que quando o usuário fazia a ligação para outro, a empresa intervinha na relação, fazendo com que ela se completasse, mas fosse bem breve, tendo como consequência outra ligação, e sendo cobrado mais uma vez o valor de R\$ 0,50 (cinquenta centavos). Assim, tinha-se uma ligação pelo preço de duas (R\$ 1,00), o que dobraria o montante bruto devido à empresa, perfazendo então o total de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais) por mês.

Dessa forma, como o custo da ligação é baixo, ocorre verdadeiro desestímulo à judicialização da questão, pois que individualmente a expressão econômica seria quase

irrelevante, quando levados em consideração todos os custos com a ação judicial em si, honorários advocatícios, além da possibilidade de não obter êxito no pleito, o desgaste emocional etc. Mas com tudo isso, suponha-se que alguns usuários judicializam o feito.

Suponha-se também que o percentual de demandantes, à luz dos argumentos retrotranscritos, tenda a ser baixo. Imagine-se 1% (um por cento), ou 100.000 (cem mil usuários). Caso 80% (oitenta por cento) tenha êxito, e haja uma condenação média de R\$ 2.000,00 (dois mil reais por pessoa), a empresa, que locupletou-se em R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) adicionais, teria que pagar a título de indenização R\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de reais), lucrado ainda R\$ 140.000.000,00 (cento e quarenta milhões de reais).

À luz desta simplificação (reducionismo) da realidade (GICO Jr., 2014), cujo propósito é meramente didático, vislumbra-se que agindo racionalmente, a pessoa, em certas situações, se esquivava de agir cautelosamente, não se preocupa em prevenir os danos causados, porque resultaria mais eficiente para o mesmo a transgressão: mesmo indenizando, ainda lucraria consideravelmente.

A situação hipotética proposta reflete conduta que não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, os transgressores apostam justamente na baixa judicialização dos casos, em razão dos motivos expostos acima. Para corrigir esta distorção, propõe-se reprimenda suficientemente forte – do ponto de vista econômico – para desestimular esta prática nefasta, a título de “penalidade civil”, de cunho nitidamente pedagógico, para que os transgressores contumazes revissem suas estratégias.

Não se trata aqui de locupletamento por parte dos usuários, pois que a indenização não seria necessariamente para estes, mas uma multa, por exemplo, em favor de um fundo de proteção ao consumidor.

Outra casuística idônea seria a situação na qual uma pessoa se responsabiliza por indenizar a outra por um ato ilícito cometido por terceiro, ao qual se vincula jurídica e objetivamente; há aqui o rompimento do nexo causal: não foi o indenizador quem causou o dano, mas uma pessoa pela qual este se responsabiliza, daí ser irrelevante a culpa deste. Nesse sentido, Posner traz a situação do empregador e do empregado:

Hay una calificación importante para la responsabilidad estricta del empleador ante las víctimas de cuasidelitos cometidos por sus empleados: El cuasidelito debe cometerse en el curso del empleo. Esto significa, por ejemplo, que si el empleado tiene un accidente mientras se dirige a su trabajo o viniendo de su trabajo, el empleador no será responsable ante la víctima. La razón económica de este resultado (un resultado que de paso sugiere la inadecuación de una explicación puramente económica de la doctrina de que el superior responde) es que no le convendría al empleador tomar

medidas para disminuir los accidentes de sus empleados mientras salen de su trabajo o regresan a él.<sup>12</sup> (POSNER, 2013, p. 304)

Referido “descuido” por parte do empregador em não administrar medidas acautelatórias se radica no fato segundo o qual este conta com a possível baixa probabilidade de tais danos (causados pelos empregados a terceiros no trajeto casa-trabalho-casa), de tal forma que é mais vantajoso para o empregador arcar com eventuais indenizações que manter um sistema de vigilância permanente.

A natural limitação racional do ser humano no trato das informações que acontecem nas instituições, não raro dissonantes entre si (ESTEVES, 2010), o que pode fazer com que o processo de tomada de decisão reste prejudicado, não por falta da dita racionalidade, mas por verdadeira inexigibilidade de conduta diversa. Por essa razão, ou seja, pela limitação racional, inafastável, deve-se buscar ampliá-la ao máximo, e para tanto se faz necessário agir de forma antecipada em caso de inevitabilidade e *a posteriori* diante de fato que escapa à sua percepção. Consoante Cooter e Ulen:

O comportamento racional é a busca de fins congruentes através de meios eficientes. A irracionalidade se apresenta quando os fins são contraditórios ou os meios são ineficientes. Com esta definição, a racionalidade enseja a arbitrariedade substancial dos fins. Especificamente, o comportamento pode ser racional ainda quando os fins sejam antissociais e os meios imorais. (COOTER; ULEN, 2010, p. 11)

Portanto, em última análise, do desdobramento da racionalidade limitada decorre, reitere-se, o comportamento de cunho oportunista, utilitarista, vez que parte dos seres humanos tende a reagir mais efetivamente a partir de uma estrutura de incentivos (cf. CHIAVENATO, 2005) de seus próprios interesses.

Essas, portanto, em apertada síntese, as linhas centrais da Escola de Chicago, que se constituíram em verdadeiras condições de possibilidade para o desenvolvimento da perspectiva autônoma, mas não estanque, de Richard Posner – vez que este foi pupilo de Ronald Coase, expoente desta linha de pensamento – para os condicionamentos do Direito e Economia, com as devidas análises sob prisma crítico de seus pontos fulcrais.

## 1.2 A GÊNESE DA DOUTRINA JURÍDICO-ECONÔMICA POSNERIANA: O PROTAGONISMO DO CRITÉRIO DA EFICIÊNCIA

<sup>12</sup> “Há uma qualificação importante para a responsabilidade estrita do empregador perante as vítimas de ilícitos culposos cometidos por seus empregados: o ilícito culposo deve ser cometido no curso do emprego. Isto significa, por exemplo, que se o empregado causa um acidente enquanto se dirige a seu trabalho ou voltando de seu trabalho, o empregador não será responsável perante a vítima. A razão econômica deste resultado (um resultado que de passagem sugere a inadequação de uma explicação puramente econômica da doutrina de que o superior responde) é que não seria conveniente para o empregador tomar medidas para diminuir os acidentes causados por seus empregados enquanto saem de seu trabalho ou regressam a ele.” (POSNER, 2013, tradução nossa)

A utilização do discurso econômico como desvelador do Direito, na perspectiva de Posner (1993), intenta romper com a inclinação metodológica tradicional do jurista, segundo a qual o Direito constituir-se-ia por normas jurídicas, com ênfase na identificação material destas, assim como em sua envergadura, tomando por base nesse processo de pesquisa notadamente atividades interpretativas fornecidas pela hermenêutica (cf. POSNER, 2011).

O rompimento citado se verifica quando os juristas, vale dizer, aqueles que “pensam” o Direito a partir do viés da Economia (POSNER, 2010), compreendem o fenômeno jurídico como um complexo normativo do qual decorrem ônus e bônus para os atores sociais envolvidos e que balizam seu proceder pelos incentivos ofertados pela estrutura.

A transcendência do termo “eficiência”, por mais que seja eminentemente econômico, não importaria em vedação para a utilização na Ciência Jurídica (POSNER, 2010), em virtude da destinação de recursos se prestar a conferir o bem-estar do indivíduo, sem importar em prejuízo para outrem, externando um conteúdo notadamente jurídico, a ser conhecido através da Economia.

As imbricações da Economia com o Direito, nesse sentido, não fariam que um ramo do saber se subsumisse ao outro, mas sim parte do ideário que os diferentes saberes se comunicam, não havendo qualquer incongruência nisso (cf. ESTEVES, 2010). O fato de o Direito ser um regulador social que se rege por critérios próprios, decorrentes de um condicionamento recíproco entre as forças políticas dominantes (HEINEN, 2016) em determinado contexto de espaço e tempo, materializados normativamente *a posteriori*, não implicaria em exclusão do diálogo entre Direito e Economia ou qualquer outro ramo do saber, pois se entende que estes estão inseridos no “gênero” ramos do conhecimento.

Vislumbrou-se na AED meio para o estabelecimento de premissas epistemológicas para a limitação legítima da interpretação do Direito, em razão do fornecimento, pela Economia, de metodologia hermenêutica analítica (POSNER, 2013), apta a possibilitar ao intérprete a alternativa mais proveitosa dentre diversas decisões jurídicas possíveis, balizado pelo critério de eficiência econômica, assim como dotar as decisões de relativa previsibilidade (POSNER, 2011), notadamente pelos custos agregados da judicialização da política oriundos em grande parte de interpretações desapegadas de quaisquer limites e vínculos serem expressivos.

O que se passa a observar desde esse instante é se tais pretensões encontram apego à realidade, em especial se a metodologia econômica aplicável ao Direito é capaz de superar os obstáculos impostos pelas peculiaridades de ambos os ramos do conhecimento, ou se seriam apenas conceitos econômicos utilizados de maneira sobreposta à realidade jurídica, com a

consequência do estabelecimento do paradigma utilitarista no Direito, em nome de uma “eficiência” que incutiria nos magistrados posturas interpretativas de maximização de riqueza a informar suas decisões, reduzindo o Direito a mero dispositivo econômico.

O início da doutrina juseconômica de Richard Posner é fortemente marcado pela “bússola” da eficiência (SALAMA, 2010) como norteadora-mor do Direito, desde seu nascedouro mesmo, passando pela aplicação e culminando nas consequências. Assim, a eficiência, e como desdobramento natural a maximização da riqueza, seriam os verdadeiros fundamentos axiológicos do Direito.

Para esse desiderato, Posner (2010) vale-se de um amálgama que mais parece estratagem (cf. DWORKIN, 2005), no qual intenta compatibilizar, por intermédio da noção de “consentimento” de perda pelos atores sociais, o critério de eficiência de Vilfredo Pareto, ou a superioridade de Pareto, caracterizado pela inflexibilidade no sentido de ser impossível alguém experimentar melhora em sua condição econômica sem danar a ninguém, com a ideia de compensação – apenas – potencial de Kaldor-Hicks. Nesse sentido Posner estabelece que:

Descrevi o conceito de superioridade de Pareto como tentativa de solucionar o problema utilitarista da comparação interpessoal de utilidades. Mas é também possível incluir a ética de Pareto na tradição filosófica kantiana. O consentimento, critério ético congruente com a ênfase kantiana no tratar as pessoas como fins em vez de meios, ou seja, na autonomia, é o fundamento operacional da superioridade de Pareto [...] O critério de Kaldor-Hicks é muito criticado, mesmo por economistas, justamente por não garantir a maximização da utilidade. (POSNER, 2010, p. 106-109)

Quanto à ideia de assunção do risco, observe-se, à luz do exemplo proposto, como a doutrina posneriana, influenciada por Calabresi (1961), pode informar, inclusive, o sistema bancário. Imagine-se que uma instituição financeira destine um funcionário exclusivamente para conferir as assinaturas dos cheques dos clientes quando da compensação para, apenas em caso de não divergência das firmas, pagá-lo. Todavia, em razão do expressivo número de cédulas para conferência, haveria a necessidade de contratar mais funcionários, o que oneraria pecuniariamente de maneira certa a instituição financeira.

Assim, sendo a empresa sabedora que na esmagadora maioria das vezes (desde que estatisticamente comprovado, por evidente) as assinaturas correspondem à realidade, ou seja, que são dos reais correntistas, e não de fraudadores, é mais vantajoso assumir o risco (daí a responsabilidade ser objetiva, em razão da natural potencialidade lesiva oriunda da regular exploração de determinado direito), que por natureza caracteriza-se pela incerteza, de indenizar os correntistas que tiverem seus cheques fraudados, com assinaturas falsas.

Daí o possível fomento à prática dos bancos selecionarem os cheques a partir de determinado valor para que apenas estes se sujeitem à conferência. Troca-se a certeza da

repercussão financeira negativa com a contratação de mais funcionários, pela incerteza (“arrisca-se”) oriunda da não conferência das assinaturas de cheques de determinado valor. Eis aí um critério de racionalidade econômica, que conduz à eficiência na utilização dos recursos.

Esse ideário posneriano para o Direito, no entanto, possui antecedentes que remontam formalmente ao ano de 1973, que coincide com a publicação da primeira versão de seu livro intitulado “Análise Econômica do Direito”, sendo essa a sua fase doutrinária de maior extremismo (SALAMA, 2010), pois enquanto apresentava a eficiência – e a maximização da riqueza – como valor fundante do Direito, trazia de maneira ao menos implícita a mensagem que este seria subsumido às diretrizes econômicas, adquirindo estas o *status* de fim a ser alcançado (DWORKIN, 2005), e não como meio a ser utilizado por aquele, invertendo a lógica natural que os critérios econômicos, inclusive a eficiência, são instrumentais, vale dizer, meio, e não fim.

Nesse sentido, Posner (2013) tenta inculcar a ideia que o Direito deveria atuar induzindo a conduta das pessoas, inclusive na atividade judicante (POSNER, 2011) no sentido de estas dirigirem naturalmente seu proceder rumo à maximização da riqueza – essa sendo aferida mediante o seu correspondente em pecúnia –, de maneira umbilicalmente imbricada com a eficiência, dada a necessidade de satisfazerem os seus interesses com o mínimo de custos possíveis. Tal paradigma, por óbvio, pode pavimentar o caminho certo para a construção de uma sociedade tipicamente individualista, egoísta (DWORKIN, 2005).

Ademais, por maior que seja o esforço de Posner para implementar este ponto de vista, beirando mesmo o contorcionismo, não se pode olvidar que a simples inserção de ferramental econômico no Direito, sem a menor adequação entre essas duas realidades, resulta em mera superposição de conceitos da Economia à realidade jurídica (cf. ESTEVES, 2010), sendo, pois inservível, porquanto campos do saber sensivelmente distintos.

Não que se negue a existência de pontos de contato do da Ciência Jurídica com a Economia ou outro ramo de conhecimento (ESTEVES, 2010), mas querer reduzir o Direito a mero dispositivo econômico (HEINEN, 2016), preterindo seu caráter normativo para sugerir, no que diz respeito ao seu processo de aplicação, aos magistrados (POSNER, 2011) conferirem primazia aos fatos, à luz de posturas maximizadoras de riqueza, é posicionamento que não merece prosperar, dado o caráter amesquinhado ao qual ficaria reduzido o Direito.

O critério de eficiência esposado por Posner era o de Kaldor-Hicks, a saber:

No tocante à eficiência de Kaldor-Hicks, forjada no ideário de compensação potencial, um estado de coisas ou social tal é eficiente em relação a outro estado, caso após o câmbio de um estado a outro aquele(s) indivíduo(s) que experimentou(aram) uma melhora em detrimento de outro(s), que se viu(ram) em um estado de prejuízo,

compense(m) a estes, muito embora essa compensação não se efetive na prática, mas apenas que seja possível, daí ser potencial. (SILVA, 2017, p. 40-41)

Por esse ponto de vista, seria admissível que em nome da eficiência restassem pessoas que sofressem prejuízos com as transações, desde que fossem devidamente recompensadas, em que pese o fato de, a despeito de tal compensação, restam críticas quanto a tal critério, dado o desdém quanto ao arranjo do bem-estar social (DWORKIN, 2005), pois que o importante seria tão somente o caráter global, potencialmente fazendo robustecer a condensação do bem-estar, o que poderia acarretar desigualdades.

Os partidários da AED, entretanto, continuam a defender a eficiência critério técnico efetivador da justiça social. Observe-se o posicionamento de Gonçalves e Stelzer:

Entende-se, assim, que a prática jurídico-econômica de mercado social, como discurso vigente, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme realidade inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de dialética social-econômico-normativa inclusiva e progressista, ainda conforme ao que se defende como Mínimo Ético Legal (MEL). (GONÇALVES; STELZER, 2014, p. 261)

Prudente, dessa maneira, a advertência de Heinen, nesse diapasão, quanto às acepções alocativa e produtiva de eficiência, que seguem:

Essa confusão entre eficiência produtiva (que diz respeito à aplicação máxima dos recursos disponíveis para total aproveitamento de seu potencial) e eficiência alocativa (que diz respeito à distribuição de recursos de maneira eficiente, no sentido de Pareto ou Kaldor-Hicks) é crucial porque, enquanto os juristas são receptivos à ideia de eficiência adotando um conceito próximo da eficiência produtiva, a AED propõe a eficiência alocativa como critério normativo para o direito. Há, portanto, uma divergência teórica fundamental que precisa ser ultrapassada na pesquisa interdisciplinar. (HEINEN, 2016, p. 244)

Em assim sendo, reitera-se a necessidade do estabelecimento de paradigmas capazes de superar a mera superposição de conceitos da Economia no Direito. Nesse sentido, veja-se:

Analisar de forma integrada Economia e Direito requer, em primeiro lugar, que seja superada a diferença de planos de análise entre as disciplinas. Para tanto, a abordagem deve ser capaz de considerar a ordem jurídica não apenas como um conjunto de normas corretamente inferidas, mas no seu sentido sociológico, como um complexo de motivações efetivas da atuação humana real. (ESTEVEZ, 2010, p. 35)

Como tentativa de aferir a feição utilitarista, em certos momentos preconceituosa, do início do caminhar doutrinário de Posner, traz-se à lume, à guisa exemplificativa, situações concernentes a contratos e direito de família. Parte-se, pois, dos exemplos de condutas utilitaristas fomentadas pela AED de Posner (2013) para aquelas reputadas pelo escrevinhador deste trabalho inaceitáveis, como a venda de bebês e o desdém com a mulher nas relações concernentes ao casamento. Inicia-se com os reflexos do referencial econômico no direito dos contratos.



Quando se fala em relações intersubjetivas idôneas a findarem um conflito de interesses decorrente da experimentação do prejuízo de um indivíduo pela exploração da atividade econômica de outra pessoa, sem a intervenção do Estado (barganha), partiu-se do pressuposto que este vínculo estabelecido entre sujeitos (contrato) fosse cumprido de parte a parte.

Não se discorreu sobre as consequências de potencial inadimplemento contratual. É inegável que situações de descumprimento da relação, que deveria ser sinalagmática, não raro ocorrem e, consoante POSNER (2013, p. 199), trazem dois perigos potenciais, a saber, “o oportunismo e as contingências imprevistas – que a lei trata de remediar”.

Mas, uma vez verificada tal hipótese, resta a indagação: até que ponto é lícito o inadimplemento contratual, e em que condições é mais vantajoso optar pelo desfazimento da avença? É o que se passa a discorrer agora. Na mesma esteira, tem-se que diante do descumprimento contratual, surge a necessidade do manejo da medida apropriada. Como consequências, o autor elenca um rol meramente exemplificativo, que segue:

La pérdida de confianza del promisorio (los costos en los que incurrió por tener una confianza razonable en que el promitente cumpliría el contrato); la pérdida de esperanza (la pérdida de la ganancia esperada del contrato); los daños líquidos (daños efectivamente especificados en el contrato como el remedio monetario por un incumplimiento); los daños consecuenciales (efectos de ondas del incumplimiento sobre la empresa del promisorio); la restitución (al promisorio de las ganancias obtenidas por el promitente a causa de su incumplimiento); el cumplimiento específico (la orden para que el promitente cumpla o se le impondrá el castigo de ser considerado como un desacato al tribunal), y un castigo monetario especificado en el contrato, u otros daños punitivos.<sup>13</sup> (POSNER, 2013, p. 199)

Inicialmente, é relevante ressaltar que o descumprimento contratual não necessariamente se revestirá do caráter de ilicitude, e ainda quando se revista, a sanção que deve decorrer é instrumento idôneo, em tese, a restaurar o *status quo ante* das partes. De fato, se prevista no contrato hipótese de arrependimento do acordado com a consequente atribuição de sanção pecuniária, entende-se que o descumpridor age escudado sob o manto da excludente de ilicitude do exercício regular de direito: esta situação estava prevista. A opção pelo inadimplemento pode se dar em razão do fundamento da eficiência econômica, pois é possível que tenha vislumbrado oportunidade de negócio melhor: compensa pagar a indenização.

---

<sup>13</sup> “A perda de confiança do promissário (os custos nos quais incorreu por ter uma confiança razoável que o promitente cumpriria o contrato); a perda de esperança (a perda do lucro esperado do contrato); os danos líquidos (danos efetivamente especificados no contrato como o remédio monetário por um descumprimento); os danos consecuenciais (efeitos de ondas do descumprimento sobre a empresa do promissário); a restituição (ao promissário dos lucros obtidos pelo promitente por conta de seu descumprimento); o cumprimento específico (a ordem para que o promitente cumpra ou se lhe imputará a pena de ser considerado como um desacato ao tribunal); e uma pena pecuniária especificada no contrato, ou outros danos punitivos.” (POSNER, 2013, tradução nossa)

Exemplificando: imagine-se que o empresário “X” recebe encomenda de outro empresário, “Y”, para que produza 1.000 (mil) unidades do produto “Z”, percebendo por cada unidade o valor de R\$ 100,00 (cem reais). A margem de lucro do comprador, a este preço, é de R\$ 20,00 (vinte reais) por unidade, perfazendo o montante final de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de lucro. Estabeleceu-se que para o caso de inadimplemento do contrato, de parte a parte, incidiria multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ocorre que no dia seguinte à avença, já consolidada, sem que “X” houvesse produzido uma unidade sequer, surge o empresário “S”, que fabrica o mesmo produto por R\$ 60,00 (sessenta reais) a unidade. “Y”, sendo sabedor que o preço fixado de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) por unidade é aquele que o mercado naturalmente se dispõe a pagar, descumpra o contrato inicial, e encomenda as mesmas mil unidades, agora do fornecedor “S”. Ao invés de lucrar R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), se o negócio fosse celebrado com “X”, “Y” lucraria, agora acordando com “S”, o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), já descontados os R\$ 10.000,00 (dez mil reais) da indenização devida a “X” pelo inadimplemento. Vale dizer, o negócio foi, do ponto de vista econômico, eficiente para todos.

É perfeitamente possível que na realidade o empresário “X” já houvesse produzido número de unidades tal que o pagamento da multa estabelecida não fosse suficiente para cobrir as despesas. Todavia, essa situação não invalida a teoria, pois seria caso do não acautelamento quando do estabelecimento das cláusulas prevendo essa possibilidade. A hipótese proposta aqui é totalmente factível, e o instrumental analítico fornecido pela AED constitui excelente ferramenta para maximizar a riqueza, conferindo aos recursos a utilização mais eficiente. No Direito brasileiro encontra abrigo no Código Civil, artigos 408 a 416, referentes à cláusula penal<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota.

Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

Consequências distintas ocorrem quando o cumprimento da obrigação contratual deve ser específico, como no caso de contratos personalíssimos<sup>15</sup>. Vale dizer, embora comporte descumprimento, o pagamento de multa afigura-se como forma não satisfativa de resolução do contrato, vez que o exercício, notadamente em obrigações de fazer, fica a cargo de uma pessoa específica.

Incumbe salientar que em países de tradição jurídica anglossaxônica, berço do movimento AED (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015), tal forma de adimplemento é excepcional, dada a primazia de modos alternativos de resolução de conflitos, via de regra, solvidos pelo pagamento em dinheiro. Isso não significa, contudo, que não seja possível sua ocorrência.

O grande problema – consequência da adoção do paradigma do cumprimento específico da obrigação contratual – é, além da dificuldade de avaliação do motivo pelo qual um bem não pode substituir a outro, a repercussão pecuniária negativa, pois, segundo Posner:

Esta discusión sugiere otra razón para preferir los remedios de daños al cumplimiento específico. Para el tribunal, el remedio de daños es un asunto de una sola vez; el tribunal emite un fallo, y el actuario va y vende algún activo del demandado si éste se niega a pagar voluntariamente la condena. Pero el cumplimiento específico, como otros remedios equitativos, requiere que el tribunal mantenga el caso en sus archivos hasta que se complete el cumplimiento, a fin de que, en caso necesario, pueda responder al argumento del demandante de que el demandado no está cumpliendo de buena fe.<sup>16</sup> (POSNER, 2013, p. 220)

Vale dizer, o cumprimento específico, por natureza, inviabiliza a utilização racional dos recursos, e conseqüentemente torna sua utilização eficiente economicamente, pois impõe ônus até mesmo ao Judiciário, consoante se depreende da lição retromencionada de Richard Posner. Em resumo, pode-se afirmar que a duração do contrato é inversamente proporcional ao custo de transação (POSNER, 2013).

---

Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 04 out. 2019.)

<sup>15</sup> “Art. 605. Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 04 out. 2019.)

<sup>16</sup> “Esta discussão sugere outra razão para preferir os remédios de danos ao cumprimento específico. Para o tribunal, o remédio de danos é um assunto que se resolve de uma única vez; o tribunal emite a sentença, e o descumpridor vê parte de seu ativo (patrimônio) ser vendido compulsoriamente (desde que não pague espontaneamente, por óbvio) para a satisfação do credor. Mas o cumprimento específico, como outros remédios equitativos, requer que o tribunal mantenha o caso em seus arquivos até que se complete o cumprimento, a fim de que, se necessário, possa responder ao argumento do demandante de que o demandado não está cumprindo de boa-fé.” (POSNER, 2013, tradução nossa)

Tal paradigma econômico aplicável ao Direito, por mais que não se revista de ilegalidade *stricto sensu*, mas a ideia de uma “ética” baseada no consentimento de perda, forjada no ideário de compatibilização das eficiências de Pareto e Kaldor-Hicks (SILVA, 2017) não se afiguram como albergadas no Direito a não ser pela perspectiva utilitarista, o que, de qualquer modo, não deve ser enxergada como servível ao Direito, vez que por mais que as realidades moral e jurídica sejam autônomas, mas não deve haver um alijamento total de uma em relação à outra, devendo existir um condicionamento, ainda que mínimo, entre ambas.

Analisa-se, agora, a postura preconceituosa e inaceitável que o ferramental econômico posneriano acarreta no tratamento da mulher, ao discorrer sobre a instituição do casamento. A forma como Posner (2013) tratava a figura feminina, quando analisava o instituto do matrimônio enquanto algo tipicamente contratual, na primeira versão de sua obra *El Análisis Económico del Derecho*, demonstra grande desrespeito à mulher.

Por mais que Posner entenda ser o casamento a instituição central do Direito de Família (cf. POSNER, 2013), confere nítida feição contratual àquele, o que reforçaria a necessidade do estudo deste ramo do Direito Civil à luz da AED, sob a perspectiva da eficiência, cujo marco teórico já foi devidamente definido (o critério de Kaldor-Hicks).

O Direito de Família, aqui centrado na instituição matrimonial, dessa forma, passa a ser apreciado a partir da perspectiva econômica nos mais variados aspectos daquele (POSNER, 2013), a saber, produção doméstica, a formação e dissolução do casamento, efeitos da dissolução deste, discorrendo-se ainda sobre os motivos que, consoante a doutrina posneriana, justificariam a regulação do comportamento sexual. Veja-se.

Quanto à produção doméstica, POSNER (2013, p. 238) parte do pressuposto segundo o qual o lar, longe de constituir-se em mera unidade consumidora é, também, unidade produtora da sociedade, nisso se radicando, segundo compreende, o motivo da utilização do ferramental econômico no âmbito familiar.

Dessa narrativa estribada no pensamento posneriano na obra retrorreferenciada, ressaí lícita a inferência segundo a qual o autor, dentro de uma perspectiva tradicional, acercando-se bastante do conservadorismo mesmo, entende a família como entidade que fomenta a divisão social do trabalho, cujas vantagens pecuniárias decorreriam da “especialização” em determinada atividade.

E prossegue (POSNER, 2013, p. 240) esboçando essas especialidades, nas quais basicamente o marido se alocaria no mercado de trabalho, v.g., no comércio, a partir do qual angariaria contraprestações financeiras tendentes à manutenção da unidade familiar, quando da aquisição de bens indispensáveis a esta, ao passo que a mulher centraria seus esforços na

administração dos bens adquiridos para a conservação da unidade familiar, otimizando os recursos – dada a sua natural escassez – e, com isso, efetivando a “maximização da riqueza”.

Objetivamente, pode-se afirmar, a partir da análise desse pensamento de Posner (2013), que a assunção de atividades especializadas pelo homem (a inserção em dado mercado de trabalho) e pela mulher (a administração dos insumos de maneira ótima, bem como do cuidado com os filhos) assumiria para o referido autor papel de coesão social – entendido o social, neste contexto, como a unidade familiar – à luz da Análise Econômica do Direito. Nesse diapasão, a doutrina de Posner se aproxima da de Émile Durkheim (1999), embora este advirta não ser a divisão do trabalho algo exclusivo da Economia. Observe-se.

Mas a divisão do trabalho não é específica do mundo econômico: podemos observar sua influência crescente nas regiões mais diferentes da sociedade. As funções políticas, administrativas, judiciárias especializam-se cada vez mais. O mesmo ocorre com as funções artísticas e científicas. Estamos longe do tempo em que a filosofia era a ciência única; ela fragmentou-se numa multidão de disciplinas especiais, cada uma das quais tem seu objeto, seu método, seu espírito. (DURKHEIM, 1999, p. 2)

A divisão social do trabalho assume posição central em Durkheim (1999). Isto pelo fato segundo o qual, na perspectiva deste, é condição essencial para o existir da sociedade a repartição das tarefas imprescindíveis ao agrupamento humano entre os vários atores sociais envolvidos. Em outras palavras, pode-se afirmar que a sociedade humana apenas é possível quando da “divisão social do trabalho”. Em última análise, o trabalho seria o elemento em torno do qual as pessoas se uniriam (coesão social), constituindo-se no meio mais idôneo a promover a alcance da harmonia, bem como da manutenção desta.

Avançando um pouco mais, tem-se que quando da divisão das tarefas entre os atores sociais de dado grupo, a sociedade dispensa o devido crédito (confiança) ao câmbio dos frutos do trabalho de seus componentes e, como corolário lógico, as atividades desempenhadas por todos necessariamente dever ser revestida de utilidade (cf. DURKHEIM, 1999) para os demais membros do social, vez que, sem isto presente, vale dizer, sem que o produto do trabalho possua valor, é impossível estabelecer troca entre o que cada um produz. Com efeito, sentencia Posner:

Las ganancias de la especialización se realizan a través del intercambio. Esto se advierte muy claramente en el ambiente matrimonial concentrándonos en el principal “bien” que produce el matrimonio: hijos. Muchos matrimonios no tienen hijos, pero pocos de ellos lo han decidido así; y es difícil creer que el matrimonio sería una institución común si la mayoría de la gente no quisiera tener hijos. La crianza de los requiere, sobre todo en sus primeros años, una cantidad enorme de tiempo de los padres (tradicionalmente el de la madre), y una mujer que está ocupada en la crianza de un hijo no tendrá tiempo para trabajar en el mercado para ganar el dinero que necesita para insumos complementarios (alimento, ropa, vivienda, etc.). Ella “intercambia” su trabajo en el hogar por el trabajo del esposo en el mercado; él

“compra” el cuidado, por parte de ella, de los hijos que son de ambos.<sup>17</sup> (POSNER, 2013, p. 239-240)

Portanto, percebe-se a relação que Posner (2013) tenta incutir quando de sua análise referente à produção doméstica, na qual o homem angaria recursos para a manutenção de sua família, e a mulher maximiza a riqueza destes mesmos recursos, bem como o cuidado com os filhos, com a doutrina de Durkheim (1999), segundo a qual a função desempenhada por cada um dos indivíduos dentro do grupo é importante para os demais, nisso repousando a coesão social.

Em última análise, pode-se concluir que Posner (2013) entende constituir-se a família em célula do Estado, exteriorizando-se como unidade econômica tendente a otimizar os recursos, sempre escassos, através da colaboração entre os componentes. No entanto, não passa de postura deveras preconceituosa. Afinal, por qual razão também não poderia o homem assumir o papel que Posner (2013, p. 240) atribui como sendo função inexorável da mulher?

Seria prudente Posner acercar-se de leituras feministas. Kymlicka (1995), ao discorrer sobre as mais destacadas escolas de filosofia política contemporâneas, dentre elas o feminismo, assevera que:

Progresivamente, los teóricos contemporáneos han abandonado este supuesto de la inferioridad natural de las mujeres. Y han aceptado que las mujeres tanto como los hombres, deberían considerarse seres libres e iguales, capaces de autodeterminarse y de tener un sentido de la justicia, y por ello libres de entrar en la esfera pública. Y las democracias liberales, progresivamente, han adoptado leyes antidiscriminatorias encaminadas a asegurar que las mujeres tengan igual acceso a la educación, el empleo, los cargos políticos, etc.<sup>18</sup> (KYMLICKA, 1995, p. 261)

Adiante, faz-se necessária a análise acerca da formação e dissolução da instituição casamento, asseverando seu caráter contratual, chegando mesmo Posner a denominá-la metaforicamente de “mercado de matrimônios” (2013, p. 244), refletindo a busca das pessoas em se casarem com o propósito de maximizarem seus recursos, fazendo de seus lares unidades mercadológicas racionalmente produtivas.

---

<sup>17</sup> “Os lucros da especialização se realizam através do intercâmbio. Isto se adverte muito claramente no ambiente matrimonial, concentrando-nos no principal “bem” que produz o matrimônio: filhos. Muitos matrimônios não têm filhos, mas poucos deles têm sido assim; e é difícil crer que o matrimônio seria uma instituição comum caso a maioria das pessoas não quisessem ter filhos. Os filhos requerem, sobretudo em seus primeiros anos, uma quantidade enorme de tempo dos pais (tradicionalmente o da mãe), e uma mulher que está ocupada com a criança não terá tempo para trabalhar no mercado para ganhar o dinheiro que necessita para insumos complementares (alimento, roupa etc.). Ela “troca” seu trabalho no lar pelo trabalho do esposo no mercado; ele “compra” o cuidado, por parte dela, dos filhos que são de ambos.” (POSNER, 2013, tradução nossa)

<sup>18</sup> “Progressivamente, os teóricos contemporâneos têm abandonado este pressuposto da inferioridade natural das mulheres. E têm aceitado que as mulheres, tanto como os homens, deveriam ser consideradas seres livres e iguais, capazes de se autodeterminar e de ter um sentido de justiça, e por isso livres para entrar na esfera pública. E as democracias liberais, progressivamente, têm adotado leis antidiscriminatórias encaminhadas a assegurar que as mulheres tenham um igual acesso à educação, ao emprego, aos cargos políticos etc.” (KYMLICKA, 1995, tradução nossa)

Dessa linha de raciocínio, tem-se que a partir do momento em que duas pessoas se unem maritalmente, os recursos, ao menos teoricamente, tendem ao aproveitamento mais eficiente. O exemplo que segue, ainda que rudimentar e, portanto, simplista, serve para ilustrar o que Posner defende. Observe-se.

Enquanto solteiras, duas pessoas pagariam dois alugueis, ao passo que com a união matrimonial pagariam apenas um aluguel. Por isso mesmo Posner (2013, p. 245), não sem razão dentro de sua lógica, assemelha o casamento a uma sociedade comercial, pois à luz do exemplo do aluguel fornecido há pouco, não é o mesmo que ocorre quando duas pessoas do mesmo ramo profissional se unem em um estabelecimento comum para reduzir as despesas? A vinculação do raciocínio é válida, ainda que a família seja uma “atividade” de não mercado.

Ainda quanto à temática formação e dissolução do casamento, analisa-se agora o pensamento do autor (cf. POSNER, 2013), bem como os reflexos econômicos, mais especificamente da distribuição de riquezas entre os cônjuges e à eventual prole, quando do divórcio.

Quando se encerra um matrimônio, vários efeitos econômicos decorrem, *v.g.*, divisão do patrimônio amealhado pelo casal ao longo da sociedade conjugal (observados, evidentemente, o regime jurídico de casamento adotado), com a conseqüente transferência de propriedade da “sociedade” para os cônjuges, entendendo-se o patrimônio como a diferença entre o ativo e o passivo; potenciais pensões alimentícias para um dos cônjuges e/ou para os filhos, custas judiciais referentes ao processo em si, honorários advocatícios e periciais, se for o caso.

Após este aspecto, segue-se a análise sobre o Direito de Família, com o questionamento se a regulação do comportamento sexual por parte do Estado teria sentido ou se não passaria de uma injustificável intromissão estatal. Etribado em POSNER (2013, p. 263), tem-se que este intenta pôr luz sobre esta problemática considerando as externalidades negativas (a imposição de custos a terceiros sem que estes possam exigir garantidamente a contraprestação pela experimentação do prejuízo por quem quer que seja) que poderiam decorrer com a falta de regulamentação, com os conseqüentes reflexos econômicos. Para isso, traz algumas situações que justificariam o disciplinamento, sempre sob o viés econômico, a saber, o adultério, a fornicação, a prostituição e as relações homossexuais (cf. POSNER, 2013, p. 265).

Quanto ao adultério (POSNER, 2013, p. 265), a implicação mais direta seria a imposição de custos ao adúltero, caso evoluísse para um divórcio. No que se refere à fornicação, a análise se faria necessária porque seria muito provável que eventual criança que nascesse fora

da sociedade conjugal (em um relacionamento eventual) fosse abandonada, e isso geraria custos para toda a sociedade, que haveria de arcar para a manutenção da criança.

Quanto à prostituição e às relações homossexuais, a externalidade negativa se manifestaria notadamente com o fomento de doenças sexualmente transmissíveis (POSNER, 2013, p. 265) que, via de regra, acabariam por onerar o sistema de saúde, embora reconheça que os efeitos econômicos negativos impostos a terceiros pelas doenças sexualmente transmissíveis – DST’s – é bem menor que os causados por outras moléstias infectocontagiosas, pelo fato destas dependerem de ato volitivo de assunção do risco, o que caracteriza aquelas. Observe-se o que diz Posner:

El adulterio impone costos al cónyuge del adúltero. La fornicación podría imponer costos sociales bajo la forma de un niño abandonado o desatendido. Cualquier forma de relación distinta de la relación monogámica entre personas que eran vírgenes cuando su relación se inició genera un riesgo de contagio de enfermedades. [...] Los nacimientos no deseados son un riesgo pequeño de la prostitución y ninguno de la relación homossexual, pero la enfermedad de transmisión sexual es un riesgo grande, aunque incierto, de estas actividades. [...] Suponiendo que la sociedad desee reducir la cantidad de enfermedades de transmisión sexual, ¿debiera tratar de prohibir la relación promiscua, heterosexual o homosexual?<sup>19</sup> (POSNER, p. 263-265)

Essa postura de radicalismo e preconceito em sua gênese lhe rendeu – com muita razão – uma pecha que, por mais que seu sentido tenha transmutado (cf. SALAMA, 2010), como se verá, ainda segue gerando sólidas posturas de resistência (cf. DWORKIN, 2005). E como se não bastasse essa forma desdenhosa de se tratar o matrimônio e a figura da mulher, inclusive por meio da regulação econômica do comportamento das pessoas, como se essa questão, de foro íntimo, fosse esfera na qual o Estado devesse se imiscuir, POSNER (2013, p. 258-259) não se contém e arremata com a “maternidade sub-rogada”, também conhecida como a “venda de bebês”.

Posner (2013, p. 258-259) defende tal possibilidade, quando uma(s) pessoa(s) pagasse(m) a uma mulher para que gerasse e posteriormente recebesse o pagamento pelo bebê, cuja maternidade não poderia questionar em juízo, consoante se depreende da afirmação, feita pelo próprio, segundo a qual: *Supongamos que H es fértil, pelo M no lo es. H y M contratan a S, una mujer fértil, a fin de que tenga un hijo para la pareja a um precio convenido. S es luego*

---

<sup>19</sup> “O adultério impõe custos ao cônjuge do adúltero. A fornicação poderia impor custos sociais sob a forma de uma criança abandonada ou desassistida. Qualquer forma de relação distinta da monogâmica entre pessoas que eram virgens quando sua relação se iniciou gera um risco de contágio de doenças. [...] Os nascimentos indesejados são um risco pequeno da prostituição e nenhum da relação homossexual, mas a doença de transmissão sexual é um risco grande, ainda que incerto, destas atividades. [...] Supondo que a sociedade deseje reduzir a quantidade de doenças transmissíveis sexualmente, deveria tratar de proibir a relação promiscua, heterossexual ou homossexual?” (POSNER, 2013, tradução nossa)



*inseminada artificialmente con espermato de H. Cuando nace el niño, S renuncia a su derecho maternal a favor de M, de acuerdo con el contrato.*<sup>20</sup>

À luz da defesa de tais ideais, em nome de uma racionalidade utilitarista de mercado, sob o prisma da eficiência, inclusive em assuntos exclusivos dos indivíduos, a teoria de Richard Posner (2013), pelo menos em sua gênese, vem carregada de imperfeições que se afiguram virtualmente incontornáveis, a menos que se possa encontrar um ponto de compatibilização com o Direito no qual este não seja mero apêndice da Teoria Microeconômica.

No entanto, em que pesem todas as considerações a respeito do caráter utilitarista que possa resultar de decisões pautadas pelo critério da eficiência enquanto critério maximizador de riqueza, é possível que em uma parte específica do Direito Penal, a saber, a dos crimes contra o patrimônio, e em especial contra o erário, tomando por base o Direito brasileiro, tal critério seja de alguma serventia.

Nesse diapasão, prudente é analisar como a metodologia econômica se aplicaria ao Direito Penal brasileiro, no intuito de verificar se seria cabível, uma vez presente o aspecto decisório, e se seria necessário que o juízo se pautasse com base na máxima eficiência possível, pois se de um lado a inclinação do pesquisador é no sentido de ter postura de resistência à AED, por outro – no caso dos crimes contra o patrimônio e contra o erário – também custa-se a crer que as decisões devam ser pautadas por critérios de desperdício ou irracionalidade. Nesse sentido, observe-se Shikida e Amaral:

Neste contexto, a análise econômica do crime baseia-se fortemente na relação delito-punição como determinante da taxa criminal, em que a eficácia policial e judicial relaciona-se com a possibilidade dos benefícios da atividade criminosa suplantarem seus custos e compensarem o risco estipulado. Por isso, o objetivo da sociedade é tornar nulo o retorno lucrativo médio do empresário criminoso e/ou aumentar o risco desta atividade – neste caso, a ausência de crime pode ser definida como segurança. Ou seja, a sociedade não criminosa procura os custos da atividade infratora e/ou minimizar seus lucros. A conclusão de que o crime não deve compensar é a solução ótima a ser perseguida. Para tanto, a sociedade deve estar atenta aos elementos coibidores do crime, como melhoria dos aparatos policiais, formação educacional, oferta de trabalho, urbanização planejada, distribuição de renda etc. (SHIKIDA; AMARAL, 2014, p. 305-306)

Observe-se, à guisa exemplificativa, os chamados acordos de colaboração premiada. Essa medida, além de aumentar consideravelmente as chances do desvelamento da prática de ilícitos penais, afigura-se também como instrumento concretizador da eficiência da tutela jurisdicional e administrativa, do ponto de vista econômico. Veja-se.

<sup>20</sup> “Suponhamos que H é fértil, mas M não o é. H e M contratam S, uma mulher fértil, a fim de que tenha um filho para o casal a um preço convencionado. S é logo inseminada artificialmente com espermato de H. Quando nasce a criança, S renuncia a seu direito maternal a favor de M, de acordo com o contrato.” (POSNER, 2013, tradução nossa)

A colaboração premiada, que ocorre entre o Poder Público e o administrado criminoso, possui como essência a concessão de redução ou até mesmo a isenção de pena para os partícipes de delito que efetivamente forneçam lastro probatório robusto sobre a existência do ilícito, assumam sua participação neste, bem como se comprometam a contribuir com as investigações.

No ordenamento jurídico do Brasil, principiou com a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que visava facilitar a investigação criminal, com o consequente desbaratamento de organizações criminosas e impedimento de novas condutas criminosas por estes grupos. Obedecendo a uma cronologia relativamente rígida, sobreveio a Lei nº 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica), a Lei nº 9.613/98 (Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais), bem como a Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) que, ao ver do pesquisador, desvinculou-se de seu propósito original, a saber, aplicar-se à situação descrita no art. 159, § 4º, do Código Penal Brasileiro (relativo ao crime de extorsão mediante sequestro), passando a conferir aplicabilidade irrestrita e geral ao instituto do acordo de colaboração premiada no Brasil.

Como consequência dessa pesquisa legislativa, conclui o pesquisador que os reflexos do ferramental econômico no instituto da colaboração premiada são robustos. Isso porque há o fornecimento de informações às autoridades, por parte dos delatores, que são determinantes para a elucidação do ilícito – que dificilmente seria possível caso não houvesse a delação –, viabilizando tanto a apuração de responsabilidades quanto o ressarcimento ao erário. Essa conclusão vem reforçada por Shimabuku (2017):

Conforme MPF (2016), os resultados da operação Lava Jato até o momento são: [...] 70 acordos de colaboração premiada; 6 acordos de leniência e 1 termos de ajustamento de conduta; [...] R\$ 38,1 bilhões é o valor total de ressarcimento pedido; R\$ 3,6 bilhões referentes à propina são alvo de recuperação por acordos de colaboração; 116 condenações, contabilizando 1.148 anos de pena. (SHIMABUKU, 2017, p. 50)

Isto não significa que caso não houvesse o acordo de colaboração premiada seria impossível o desvelamento das práticas criminosas. Todavia, inegavelmente, no mínimo – e no mínimo mesmo –, oneraria ainda mais o Estado, ao dispender recursos para o prosseguir das investigações.

Ressalte-se que os acordos de colaboração premiada não importam em impunidade para os delatores, pois boa parte dos mesmos se sujeita a algum regime de restrição de liberdade, via de regra prisão domiciliar com a utilização de monitoramento eletrônico (tornozeleira eletrônica), além do pagamento de multas.

Assim, há nitidamente a configuração de grande proveito econômico com a utilização do instituto, pois fica-se diante de duas alternativas: encarcerar a pessoa infratora, sem a

possibilidade real de reaver os recursos públicos desviados, ou, impor penalidade mais branda – mas ainda assim penalidade – com o ressarcimento ao erário de expressivas somas pecuniárias.

A incidência do instrumental econômico no Direito Penal (AZEVEDO, 2014), neste caso, é de clareza solar, vez que diante de duas escolhas possíveis, opta-se por uma: aquela que seja mais eficiente/vantajosa, ou ótima, do ponto de vista econômico. E a solução há necessariamente de ser pautada pelo viés econômico, pois o bem jurídico tutelado (o recurso público) é econômico. Afinal, de que adiantaria apenas encarcerar, pois ao final da pena – já que não há penas de caráter perpétuo no Brasil – os recursos ilícitos ocultados seriam utilizados tranquilamente, pois a pena já havia sido cumprida?

Além das legislações supracitadas, o instituto encontra-se presente na Lei nº 12.529/2011, que versa sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mais especificamente em seu artigo 86<sup>21</sup>. Analisando esta temática, em seu aspecto negativo, assevera

---

<sup>21</sup> “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do

AZEVEDO (2014) que referido acordo prejudica a política concorrencial ao atenuar a penalidade do delincente beneficiário, pois ocorre a redução do “efeito de dissuasão da conduta anticompetitiva”, bem como potencialmente isentaria os infratores pelo crime de cartel de qualquer punição, caso fosse deferido o benefício a todos os envolvidos. Todavia, reconhece o mesmo autor seus efeitos benéficos:

Por outro lado, a concessão de acordo de leniência produz dois efeitos benéficos à investigação. Primeiro, aumenta-se a probabilidade de detecção de condutas ilícitas, o que é especialmente relevante no caso dos cartéis, uma vez que, não havendo dúvidas sobre a ilicitude da prática, os infratores procuram acobertar quaisquer evidências do ilícito, tornando mais difícil a obtenção de provas. Segundo, o acordo de leniência, além de aumentar a probabilidade de detecção de cartéis, reduz substancialmente o custo de produção de provas, que poderia demandar recursos da autoridade antitruste. (AZEVEDO, 2014, p. 279)

Como se depreende desde a análise da “Operação Lava-Jato”, apenas a redução – ou em alguns casos até mesmo a eliminação – dos gastos com as investigações, por si só já seria suficiente para legitimar a utilização do instituto do acordo de colaboração premiada, pois que nítida a eficiência econômica da medida – e não se pode olvidar que o móbil da investigação é restaurar o bem jurídico tutelado: pecúnia –, fazendo com que a Administração Pública atinja suas finalidades em sua amplitude maior com o mínimo de dispêndio.

Portanto, após essa análise, infere-se que as benesses conferidas aos delatores não importam em impunidade ou subpunição, pois que são deferidas dentro de limites estipulados pela própria lei como, *v.g.*, a legitimidade para ser agraciado com o acordo o infrator que antecipar-se a todos os outros em direção às autoridades da defesa concorrencial, e desde que não seja o líder do cartel.

---

processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em 04 out. 2019.)

Em suma, o acordo de colaboração premiada, na visão do pesquisador, é instrumento útil na política de eficiência da Administração Pública, desde que observados os limites, evitando potenciais vantagens indevidas que importem impunidade ou subpunição.

No entanto, mesmo entendendo que possivelmente o paradigma econômico pudesse servir como norteador das decisões sobre crimes de cariz pecuniário (POSNER, 2011), ainda assim, esse ponto de vista, por si só, sem as devidas articulações com elementos axiológicos, vez que a riqueza não é, em si, valor, conforme preceitua Dworkin (2005), mostram-se, ainda que potencialmente úteis, insuficientes.

### 1.3 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN AOS VALORES(?) DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA E DA EFICIÊNCIA

Um dos mais incisivos críticos da AED foi Ronald Dworkin, que ao combater o signo distintivo da amoralidade da eficiência (cf. DWORKIN, 1980), tão caro à teoria economicista do Direito, contribuiu decisivamente para que esta rompesse com seu radicalismo inicial, de cunho até mesmo preconceituoso, em algumas situações, e rumasse a uma atenuação que lhe tornou mais defensável.

Prudente asseverar, entretanto, que esse pensamento de Posner diz respeito à sua fase doutrinária mais extremada, conhecida por efficientismo (cf. SALAMA, 2010), experimentando temperamentos dos anos 1970 aos 1990, mudanças essas em grande medida ocorridas após os diversos embates<sup>22</sup> teóricos com Ronald Dworkin. No entanto, a mudança teórica posneriana será analisada no tópico seguinte; por agora o foco serão as críticas dworkinianas aos critérios da maximização da riqueza e da eficiência a informar o Direito.

Dworkin, em artigo intitulado *Is Wealth a Value? (A Riqueza é um valor?)*, questiona o prisma econômico aplicável ao Direito, especificamente o oriundo da lavra de Posner (2013), no qual as posturas de maximização da riqueza deveriam informar o proceder dos magistrados. Com efeito, afirma Dworkin:

In this essay I consider and reject a political theory about law often called the economic analysis of law. (That name is the title of an extended book by Professor Richard Posner, and I shall be concerned largely, though not entirely, with arguments that Posner has himself presented.) The economic analysis of law has a descriptive

<sup>22</sup> Célebres foram os enfrentamentos entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto ao movimento AED, desde a fase efficientista inicial daquele, no início da década de 1970, até seu arrefecimento cerca de vinte anos depois. Em síntese, o cerne das discussões consistia no fato de, segundo os críticos da AED – com destaque para Dworkin – o paradigma racional, tanto na feitura quanto na interpretação de normas culminaria em um modelo liberal no qual o *laissez-faire* enfraqueceria demasiado a feição social do Estado, que seria de cunho mínimo, prevalecendo as ideias de barganha, assim como da apropriação indevida e descuidada do conceito de eficiência, típico da Economia, impassível de ser utilizado no Direito como critério de justiça.

and a normative limb. It argues that common law judges, at least, have on the whole decided hard cases to maximize social wealth, and that they ought to decide such cases in that way. I shall discuss the normative limb of the theory mainly, although at the end of the essay I shall argue that the normative failures of the theory are so great that they cast doubt on its descriptive claims, unless these descriptive claims can be embedded within a very different normative theory.<sup>23</sup> (DWORKIN, 1980, p. 191)

De logo se faz perceber que Dworkin (1980) considera despropositada a adoção da maximização da riqueza e, como corolário lógico, da eficiência, como valores idôneos a atribuírem o sustentáculo moral do Direito; no entanto, para esse desiderato, a AED busca travestir essa realidade (POSNER, 1985), ao querer incutir que ambos seriam apenas critérios técnicos.

Tal como se extrai do crivo dworkiniano (DWORKIN, 1980), a faceta deontológica da AED (seu aspecto normativo), que preceitua os requisitos a serem cumpridos para que as decisões judiciais se materializem consoante a ideia de potencializar ao máximo os interesses (riquezas) envolvidos, prejudica a faceta descritiva (HEINEN, 2016) da teoria econômica do Direito, ou seja, como os magistrados efetivamente agem enquanto potencializadores das riquezas sociais.

Nesse diapasão, a maximização da riqueza não pode ser considerada como valor (DWORKIN, 1980), vez que a própria racionalidade decorrente do paradigma econômico não consegue dar conta da complexa exigência de justiça social, a ser consagrada pelas normas jurídicas, dada a noção de eficiência adotada por Posner (2010) ser um misto de compensação potencial de Kaldor-Hicks com a superioridade de Pareto (que inadmitia não compensar efetivamente quem houvesse experimentado prejuízo), que em realidade são, do ponto de vista lógico, incompatíveis entre si.

Afigura-se tal “amálgama” como verdadeiro estratagema de Posner para tentar “salvar” a sua teoria, quando esta atinge ponto de tensão crítico, incontornável (DWORKIN, 1980). Valendo-se o escritor do presente trabalho de uma parca liberdade poética, ao remontar a antigo chiste, tem-se a aproximação de Posner de um sujeito recalcitrante que de longe avista algo que lhe parece um manancial de água, e então comenta com pessoa que lhe estava vizinha, e esta retruca, afirmando não ser água, mas sim areia; chegando os dois ao local em que estava

---

<sup>23</sup> “Neste ensaio analiso e rechaço uma teoria política a respeito do Direito muitas vezes chamada de análise econômica do direito. (Esse nome é o título de uma longa obra de Richard Posner, e me ocuparei de parte expressiva dos argumentos que o próprio Posner apresentou) A análise econômica do direito possui um ramo descritivo e outro normativo. Estabelece que ao menos os magistrados do sistema de *Common Law*, em geral, julgaram casos difíceis com o propósito de maximizar a riqueza social, e que devem julgar esses casos dessa forma. Discutirei especialmente o aspecto normativo da teoria, a despeito de, ao final do ensaio, sustentar que as falhas normativas da teoria são tão grandes que lançam dúvidas sobre seus aspectos descritivos, salvo se esses aspectos puderem ser incluídos em uma teoria normativa sensivelmente distinta.” (DWORKIN, 1980, tradução nossa)

o objeto da discordância, constatou-se que realmente era areia, e o vizinho de Posner joga um pouco desta nele, quando este brada: “por favor, não me molhe!”

Tal exemplo, jocoso, serve para ilustrar a conduta de pessoa que é ciente das falhas de seus pontos de vista, mas ainda assim continua firme neles, como se fossem os mais acertados. Diante de situações como essas, afigura-se bastante dificultoso estabelecer diálogo frutífero, pois em qualquer processo argumentativo minimamente se exige o cumprimento de uma condição essencial: alijar-se ao máximo de ideias pré-concebidas, buscando partir-se de um denominador comum que sirva de centro e base para o início do debate, pois caso não haja um ponto de concordância baseado na ideia de vedação a posturas absurdas, uma das partes não estará comprometida com a lisura do repto e, logo, não merecem crédito as suas ponderações.

Necessita-se, pois, compreender as falhas da teoria, e a partir delas inicial debate no sentido de afastá-las ou, no mínimo, fundamentá-las em bases distintas, mais sólidas. Não parece ser esse o compromisso de Posner (2011), vez que por mais se conceba potencial impossibilidade de posturas maximizadoras de riqueza servirem para fundamentar as decisões judiciais, destas ele não se distancia. Não à toa, Dworkin sentencia:

But now comes the nerve of the problem. Economic analysis holds, on its normative side, that social wealth maximization is a worthy goal so that judicial decisions should try to maximize social wealth, for example, by assigning rights to those who would purchase them but for transaction costs. But it is unclear why social wealth is a worthy goal. Who would think that a society that has more wealth, as defined, is either better or better off than a society that has less, except someone who made the mistake of personifying society, and therefore thought that a society is better off with more wealth in just the way any individual is? Why should anyone who has not made this mistake think social wealth maximization a worthy goal?<sup>24</sup> (DWORKIN, 1980, p. 194)

Esse posicionamento se estriba no fato que não há uma relação de fatalismo no caso de uma sociedade mais rica implicar em uma sociedade mais justa ou mais feliz (DWORKIN, 1980), vez que as pessoas tendem a valorar diferentemente as coisas e situações e, nesse sentido, a riqueza, quando muito, poderia vir a ser um ferramental para a consecução do efetivo valor social, este determinado pelo contexto de tempo e espaço da cada sociedade, este impossível de se precificar.

---

<sup>24</sup> “Contudo, agora vem o cerne do problema. A análise econômica sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de forma que as decisões judiciais deveriam intentar maximizar a riqueza social atribuindo, exemplificativamente, direitos aos que os comprariam, não fossem os custos da transação. Mas não está claro por que a riqueza social é um objetivo digno. Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, tal como definida, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade que tem menos riqueza, a não ser que alguém cometeu o erro de personificar a sociedade e, portanto, pensou que uma sociedade está em melhor situação porque possui mais riqueza, da mesma maneira que acontece com qualquer indivíduo? Por que alguém que não cometeu tal erro pensaria que a maximização da riqueza social é um objetivo digno?” (DWORKIN, 1980, tradução nossa)

Intuir que a riqueza é fim a ser buscado e utilizar esse pensamento no Direito implicaria sugerir aos juízes utilizá-lo como valor (único ou não) a nortear suas decisões (POSNER, 2011), relegando os aspectos jurídicos a um segundo plano, olvidando-se que o Direito legislado decorrem, em grande parte, de um embate de forças entre grupos políticos com poder o suficiente em determinado contexto histórico para fazer valer as suas inclinações, assim como do(s) nicho(s) que representam em dispositivos normativo-jurídicos, e não econômicos. Em abono a esse entendimento é o posicionamento de Dworkin (1980), conjecturando possíveis respostas que fariam a riqueza, na visão de Posner, ser ao menos um componente do valor social:

Or that although social wealth is only an ingredient of social value it should be left to courts to maximize that ingredient, on the understanding that the further use of the ingredient is the province of other institutions. Or that social wealth is a value surrogate for courts, because courts cannot for some reason pursue the true target directly, though other institutions can and therefore need no surrogate or perhaps need a different surrogate.<sup>25</sup> (DWORKIN, 1980, p. 195-196)

A riqueza, assim, deve ser considerada como um meio para o desenvolvimento das verdadeiras virtudes, incólumes no tempo e no espaço, variando apenas as percepções que delas se tem. Assim é porque o caráter utilitarista da riqueza enquanto fundamento axiológico do Direito, de *per se*, é incontornável, ao ponto de DWORKIN (1980, p. 200) afirmar que *Once social wealth is divorced from utility, at least, it loses all plausibility as a component of value. It loses even the spurious appeal given to utilitarianism by the personification of society.*<sup>26</sup> Como seriam aferidas, entretanto, as aludidas virtudes? Quais seriam estas?

Difícilmente poder-se-ia lograr unanimidade em tão profunda indagação, pois que sujeita a múltiplas visões. Entretanto, crê-se não incorrer em equívoco caso se proponha alçar a este patamar – de virtudes legítimas – valores como a vida, a justiça, a liberdade, dignidade e felicidade. Isso porque independentemente do contexto histórico em que se esteja inserido, custa-se a crer, por exemplo, que o indivíduo – desde que esteja na plenitude de suas faculdades mentais ou não seja dado ao masoquismo – prefira sofrer injustiças a ser agraciado com a justiça. Esses, pois, considera o pesquisador como valores primários, inerentes à própria condição existencial do ser humano.

---

<sup>25</sup> “Ou que a riqueza social é um valor substituto para os tribunais porque estes, por algum motivo, não podem perseguir o verdadeiro alvo de maneira direta, a despeito de outras instituições poderem e, logo, não precisem de um substituto ou precisem de um substituto diferente. (DWORKIN, 1980, tradução nossa)

<sup>26</sup> “No instante em que se separa da utilidade, a riqueza social perde por completo sua plausibilidade enquanto componente do valor. Perde até mesmo a atração espúria que a personificação da sociedade confere ao utilitarismo.” (DWORKIN, 1980, tradução nossa)



Contudo, a percepção que se tem de cada um desses valores, ou mesmo as formas por meio das quais são tutelados, é que variam de acordo com a experiência de cada povo (GADAMER, 2011a), privilegiando as respectivas culturas; nesse sentido há uma mutabilidade – informal – dos valores, de índole interpretativa. Mas o “valor nominal” justiça, primário (AQUINO, *Suma de Teología*, II-II (b), C. 122, Art. 1, *Obj.* 3-4) que é, este não cambia.

De fato, tanto no Brasil quanto em Brunei, por exemplo, busca-se a justiça. Mas a forma como essa é enxergada pode ser demasiado distinta, pois enquanto em terras brasileiras se entende fazer justiça – ainda que de maneira formal –, no caso do crime de roubo<sup>27</sup> com a reprimenda estabelecida pela legislação penal ao delinquente (reclusão), a devolução do bem subtraído, multa e a ressocialização<sup>28</sup> do indivíduo, no referido sultanado do sudeste asiático a percepção de se alcançar a justiça para o roubo é extirpar algum(ns) do(s) membro(s) do ladrão<sup>29</sup>.

Em síntese, o valor primário não muda, sendo diferente apenas a interpretação que àquele se atribui. Seja como for, não se nos afigura como plausível atribuir a mesma aquilatação das virtudes supracitadas à maximização da riqueza. Reitere-se que o papel que a esta resta é servir de mera ferramenta para a consecução plena – ou o mais próximo que disso se possa chegar – daquelas. De acordo com Aquino (*Suma de Teología*, II-II (b), C. 122, Art. 1, *Obj.* 3-4):

---

<sup>27</sup> Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940): “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

II – morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa.” (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 05 out. 2019.)

<sup>28</sup> Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984): “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em 05 out. 2019.)

<sup>29</sup> “A Organização das Nações Unidas denunciou nesta segunda-feira as novas leis de Brunei, um pequeno e rico Estado petrolífero do Sudeste Asiático, que estabelece a pena de morte em caso de homossexualidade ou adultério invocando a lei islâmica, referindo-se uma pena ‘cruel e desumana’. ‘Peço ao governo que ponha fim à entrada em vigor deste novo código penal draconiano, que, se aplicado, seria um sério revés para os direitos humanos em Brunei’, disse a Alto Comissária da ONU para os Direitos Humanos, Michelle Bachelet, em um comunicado. **O país implementará o novo código penal, que também ordena a amputação de uma mão ou um pé por roubo, ou a pena de morte por lapidação, a partir da próxima quarta-feira.**” (Grifo nosso) (Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/noticias/mundo/onu-denuncia-novas-leis-de-brunei-que-impoem-pena-de-morte-a-homossexuais-e-adulteros-1.330111>>. Acesso em 05 out. 2019.). Observe-se que o marco temporal da notícia é 01/04/2019.

En cambio está el que sólo la justicia parece ser la virtud por la que nos relacionamos con otra persona. Ahora bien: todos los preceptos del decálogo dicen relación al otro, como aparece examinando cada uno (Ex 20,3; Dt 5,6). Luego todos los preceptos del decálogo pertenecen a la justicia. Solución. Hay que decir: Los preceptos del decálogo son los primeros principios de la ley, a los que la razón natural asiente inmediatamente como a principios evidentes b. Ahora bien: la razón de deuda, necesaria para el precepto, aparece clarísimamente en la justicia, que dice relación de alteridad. En efecto, en lo que respecta a uno mismo, parece a primera vista que el hombre es dueño de sí y libre de hacer lo que le plazca; pero tratándose de los demás, es manifiesto que el hombre está obligado a darles lo que les es debido. Por ello fue necesario que los preceptos del decálogo pertenecieran a la justicia. Así, los tres primeros versan sobre los actos de la religión, que es la parte más excelente de la justicia; el cuarto, sobre el acto de piedad, que es la segunda parte de la justicia; y los otros seis preceptúan sobre los actos de la llamada justicia común, que se da entre iguales. **Respuesta a las objeciones: 3. A la tercera hay que decir Las materias referentes al bien común se deben establecer de modo diverso según la diversa condición de los hombres. Esa es la razón por la que no debieron ser incluidas entre los preceptos del decálogo, sino entre los judiciales.** (Grifo nosso)

4. A la cuarta hay que decir: Los preceptos del decálogo tienen por fin la caridad, conforme a las palabras de 1 Tim 1,5: El fin del precepto es la caridad. Pero pertenecen a la justicia porque tratan de modo inmediato sobre los actos de justicia<sup>30</sup>. (AQUINO, *Suma de Teología*, II-II (b), C. 122, Art. 1, *Obj.* 3-4)

A inviabilização da utilização da teoria de Posner se verifica até mesmo em países cuja tradição jurídica é de *Common Law*, como os Estados Unidos da América, seu torrão natal, onde o *stare decisis* (ficar com o que foi decidido) logra protagonismo, em razão de toda a argumentação expendida ao longo deste tópico. O que dizer então de países herdeiros do sistema jurídico romano-germânico, vale dizer, de *Civil Law*, ou de Direito legislado, a exemplo do Brasil...

No entanto, com o advento da lei nº 13.105/2015 (o Novo Código de Processo Civil), houve, em alguns aspectos, a aproximação do Brasil com o sistema de precedentes norteamericano, e potencialmente partidários da AED posneriana (cf. TIMM, 2014) poderiam se arvorar de tal “autorização legislativa” que estreita as relações entre os distintos sistemas

---

<sup>30</sup> “Em vez disso, existe que apenas a justiça parece ser a virtude pela qual nos relacionamos com outra pessoa. Agora, todos os preceitos do decálogo estão relacionados um ao outro, como aparece ao examinar cada um (Êx 20.3; Dt 5.6). Então todos os preceitos do decálogo pertencem à justiça. Solução É preciso dizer: Os preceitos do decálogo são os primeiros princípios da lei, aos quais a razão natural acena imediatamente quanto a princípios muito evidentes. Agora, a razão da dívida, necessária para o preceito, aparece muito claramente na justiça, que diz relação de alteridade. De fato, no que diz respeito a si mesmo, parece à primeira vista que o homem é dono de si mesmo e é livre para fazer o que bem entender; mas no caso de outros, é claro que o homem é obrigado a dar o que lhes é devido. Portanto, era necessário que os preceitos do decálogo pertencessem à justiça. Assim, os três primeiros tratam dos atos da religião, que é a parte mais excelente da justiça; a quarta, no ato da misericórdia, que é a segunda parte da justiça; e os outros seis preceitos sobre os atos da chamada justiça comum, que ocorre entre iguais.

**Resposta às objeções:** 3. À terceira, é preciso dizer que as questões relativas ao bem comum devem ser estabelecidas de maneira diferente, de acordo com as diferentes condições dos homens. Essa é a razão pela qual eles não devem ser incluídos entre os preceitos do decálogo, mas entre os judiciais.

4. Ao quarto, é necessário dizer: Os preceitos do decálogo têm o objetivo de caridade, de acordo com as palavras de 1 Tim 1.5: O objetivo do preceito é a caridade. Mas eles pertencem à justiça porque lidam imediatamente com atos de justiça.” (AQUINO, *Suma de Teología*, tradução nossa)

jurídicos (do Brasil e dos EUA) para defender a utilização da Economia enquanto fim a ser buscado pelo Direito brasileiro. Isso demanda análise.

Com o propósito de atribuir ao discurso jurídico uma racionalidade – uma das grandes pilstras da AED –, padronizando entendimentos, o legislador pátrio dotou o estatuto processual civil de uma série de dispositivos que conferem primazia às situações fáticas. Não se pretende exaurir as hipóteses trazidas pelo novo Código de Processo Civil, mas apenas alertar para a (in)devida aproximação do Direito norte-americano. Eis alguns exemplos: artigos 926 e 927<sup>31</sup>, que tratam da uniformização da jurisprudência; artigos 496, § 4º, e 932, “IV”<sup>32</sup>, que constituem

<sup>31</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

<sup>32</sup> Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

exceção ao duplo grau de jurisdição e negação de provimento a recurso contrário à jurisprudência; artigo 525, §§ 12 a 14<sup>33</sup>, que tratam da segurança jurídica.

Esses alguns exemplos da aproximação do Direito brasileiro com o sistema de precedentes. Tais dispositivos se prestam a papel nobre, qual seja, o de padronizar a interpretação, conferindo objetividade ao procedimento hermenêutico (SOARES, 2010, p. 127), reduzindo decisionismos jurídicos, atribuir proteção contra futuras arbitrariedades judiciais, efetivar uma prestação jurisdicional que não difere de outros já decididos que com aquele guarde sólidas razões de semelhança, consagrando dessa forma a isonomia.

No entanto, por mais que sejam “bem-intencionados”, tal sistemática não sai ileso após algumas considerações mais criteriosas, a saber, a jurisprudência pode robustecer-se ao ponto de subtrair a função da atividade legislativa (fomentar o ativismo judicial); a perpetuação de uma arbitrariedade judicial, pois da mesma forma que a decisão inicial a servir de parâmetro pode se pautar por critérios de justiça, e então teria-se um “círculo virtuoso”, nada impede que a decisão paradigmática seja injusta, e uma vez que esta tenderia a se estabilizar, agora ficaria-se diante de um “círculo vicioso” (SOARES, 2010, p. 128); o risco de se conferir ao sistema jurídico brasileiro uma segurança jurídica e estabilidade excessivas (imobilidade jurídica). Quanto a esse último “risco”, a legislação processual civil até esboça “antídoto”, a saber, os parágrafos 2º e 3º do artigo 927<sup>34</sup>, que tratam da possibilidade de alteração dos entendimentos.

Não se questiona aqui o fato de a previsibilidade mínima buscada pelo legislador brasileiro se dar com o fortalecimento da jurisprudência, mas se questiona a própria utilização de tal referencial, pois além de todos os “contras” supracitados, há ainda a impossibilidade

---

<sup>33</sup> Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

<sup>34</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

fática de uma única resposta correta para casos deveras semelhantes, sem a devida adaptação, como não raro ocorre em terras tupiniquins.

Da análise dessas ponderações, ressaí ao pesquisador que os aspectos negativos da adoção desse consequencialismo superariam os positivos, até em função de uma resposta judicial já previamente, ainda que minimamente “moldada”, a dado reclamo social pode se converter em fórmula a ser aplicada a casos que, a despeito de muitos pontos de contato, podem não ser, em essência, iguais, o que faria com que a resposta a um fosse inadequada ao outro. Esse um potencial perigo de um Direito pautado em consequencialismo.

Essas considerações acerca da legislação processual civil brasileira não possuem o propósito gratuito de a ela se opor, vez que de alguma forma os dispositivos referenciados objetivam, ao menos em tese, reduzir a capilaridade das decisões judiciais (SOARES, 2010); a ideia é servir de alerta para que a autorização, e em algumas situações, a obrigatoriedade de se seguir o sistema de precedentes, não se converta em esteio para a utilização do referencial econômico de maximização da riqueza a padronizar as decisões do Poder Judiciário, pois como se expendeu ao longo deste tópico, a riqueza não é, nem pode ser, o fim a ser buscado pelo Direito, quando muito deve ser utilizado como ferramenta para o alcance e manutenção das reais virtudes ou objetivos dignos, trazidos alhures, consoante estribado na crítica de Dworkin (1980), quando este questiona o caráter de valor da riqueza.

Tal previsibilidade, entretanto, necessita de maiores limites e vínculos. De fato, a partir do instante em que se observa uma das importantes diretrizes interpretativas decorrentes da legislação brasileira, a saber, o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB –, segundo o qual: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.<sup>35</sup>”, pode-se ser levado à conclusão que a intenção do legislador foi ampliar a liberdade do julgador no sentido de atribuição de sentido às normas jurídicas.

E caso se traga tal liberdade interpretativa para a seara de quem defende um modo de aplicação do Direito baseado na maximização da riqueza e na eficiência, como é a situação de Posner (2011), ao pregar que os juízes devem direcionar seu proceder judicante como se agentes do mercado fossem, então “autorizada” estaria a interpretação do Direito a serviço de um realismo jurídico guiado pela lógica de mercado, mas com um “verniz” de objetividade hermenêutica.

---

<sup>35</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 14 out. 2019.

Entretanto, essa textura pretensamente aberta do dispositivo legal imediatamente acima colacionado não resiste a uma análise mais acurada, mormente quando cotejado com os mandamentos constitucionais abaixo, dentre os quais os princípios gerais que regem a atividade econômica no Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

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.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei<sup>36</sup>. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

Observe-se, pois, que para esses propósitos de redução da liberdade interpretativa que de soslaio aparenta decorrer do referido artigo 5º da LINDB, são salutares as noções de Heck (2017, p. 35), mais especificamente as oriundas da cognominada “Jurisprudência dos Interesses”, segundo a qual há a imposição, aos julgadores, de limites e vínculos, ao preceituar que não lhe é lícito “criar a lei” por meio da atividade interpretativa, pois isso seria subverter a própria norma jurídica; seria, por assim dizer, invencionismo, contorcionismo jurídico, e não atualização da norma diante das condicionantes de tempo e espaço.

<sup>36</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14 out. 2019.

Com esteio em Heck (2017), tem-se que ao juiz cabe harmonizar os interesses atuais, frutos das novas exigências, com os interesses já impressos às normas constitucionais, quando de sua gênese. Com isso, ou seja, adotando-se por base minimamente a “Jurisprudência dos Interesses” (HECK, 2017), percebe-se que essa “textura aberta” encontra limites nos próprios interesses da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em outros termos, o julgador, ou mesmo o legislador, não estará autorizado a agir como melhor lhe aprouvesse, o que implicaria na vedação de “aplicação” de uma ideologia, v.g., a da lógica de mercado, mas sim estaria submetido aos interesses da Constituição.

Nesse aspecto de redução da subjetividade do julgador adotando por base os interesses constitucionais se radica o aporte de ineditismo desta tese às críticas feitas à proposta hermenêutico-jurídico-econômica de Posner (2011).

Não se quer inculcar a ideia, com essas ponderações, que o problema hermenêutico seja periférico, cabendo ao intérprete simplesmente retirar o sentido apriorístico das normas constitucionais, extraindo-lhe o “interesse”: ao revés, o problema hermenêutico é central, sendo a atividade hermenêutica inovação (GADAMER, 2011a), mas não se pode, em nome desse inexorável processo criativo, romper-se com a estrutura de base da norma constitucional, vez que o legislador, minimamente, dota-a de sentido, por óbvio a ser coparticipado e, logo, atualizado, mas tal coparticipação não pode se dar a ponto de desvirtuar o interesse da Constituição, que, reitera-se, minimamente já lhe foi impresso quando do processo de sua feitura.

Aparte feito, tem-se, à guisa de sintetização, que as críticas dworkinianas (DWORKIN, 1980) à teoria jurídico-econômica de Posner (2013) podem ser resumidas nos aspectos que seguem abaixo assinalados. Ei-las.

A racionalidade pautada pela ideologia liberal econômica a informar as sentenças judiciais faria com que o Estado – aqui materializado no Poder Judiciário – se imiscuisse de maneira mínima, aquém, em questões sociais que demandassem apreciação judicial (DWORKIN, 1980), dada a lógica de mercado a ser aplicada (*laissez-faire*). Dessa forma também ocorreria a redução do Direito a mero apêndice da Economia, calcado no utilitarismo.

A maximização da riqueza e a eficiência não podem ser erigidas à estatura de valores (ou critérios de justiça), ou seja, de objetivos dignos a serem perseguidos pelo Direito (DWORKIN, 1980), mas, no máximo, serem encarados como meios possivelmente ajudariam a efetivar os legítimos valores, que aqui se exemplifica, de maneira não exaustiva, como sendo os bens primários do ser humano, como vida, dignidade, liberdade, saúde e liberdade (AQUINO, *Suma de Teología*, II-II (b), C. 122, Art. 1, *Obj.* 1-2), com seus naturais

desdobramentos, sob pena de se querer inculir no processo de tomada de decisão a ideia norteadora de se colocar o indivíduo em posição inferior a de uma coisa, e uma vez que as decisões seriam pautadas no intuito de elevar à potência máxima os interesses, facilmente haveria a condução ao individualismo extremado, do qual o ideário de justiça social muito se alija.

Ademais, as pessoas, individualmente falando, tendem a valorar os direitos conforme suas próprias experiências (DWORKIN, 2005), isto é, o prisma de aquilatação é subjetivo e, logo, impossível compactuar com uma razão propositadamente “objetivante” da subjetividade alheia, porquanto logicamente de foro íntimo.

Os institutos econômicos não raro falham na realização de seus propósitos no âmbito da própria Economia, como na tentativa de conferir previsibilidade ao comportamento do mercado, vez que são apenas projeções, e, por óbvio, sua transmutação para o Direito, ainda que se elabore proposta adaptativa, do ponto de vista metodológico, e o diálogo entre Direito e Economia até se torne possível (ESTEVEZ, 2010), não dotaria a teoria posneriana de amplitude capaz de dar conta das complexidades de uma realidade social como o Direito em sua globalidade; quando muito, seu ferramental poderia ser de alguma serventia em um ou outro ramo jurídico específico.

A debilidade da busca da previsibilidade comportamental que a metodologia econômica legaria ao Direito – que em realidade seria apenas uma expectativa, uma projeção, pode ser verificada, exemplificativamente, no âmbito das relações locatícias urbanas. Adotando-se por base a principal legislação brasileira sobre o assunto, a lei nº 8.245/91, em seu artigo 5º, tem-se que “Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.”

Em assim sendo, considere-se a situação de uma relação locatícia de imóvel urbano para fins comerciais em que o locador deseja reaver o imóvel, mas a lei assegura ao locatário o direito à renovação do contrato<sup>37</sup> e, não havendo acordo entre locador e locatário, aquele impetra a adequada ação – a de despejo – visando a restituição do imóvel. O juiz, observando o artigo

---

<sup>37</sup> Lei nº 8.245/91: Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em 05 out. 2019.)



51 da referida lei, estribado na continuidade da empresa e na função social desempenhada por esta, indefere o pleito autoral. Essa a situação.

Os partidários da AED (cf. TIMM, 2014) alegariam, valendo-se da pretensa previsibilidade comportamental dos mercados que a decisão pode impactar negativamente no ramo de locações imobiliárias urbanas empresariais, pois que poderia desencorajar os proprietários deste tipo de imóvel a efetuarem novos contratos e, com isso, haveria um escasseamento de imóveis comerciais no mercado.

Tal afirmativa deve ser recebida com bastante parcimônia, pois antes de se arvorar da certeza infalível que os juseconomistas querem atribuir, qual seja, a consequência da falta de imóveis para locações empresariais, há a necessidade que a assertiva seja lastreada por dados estatísticos, pois caso contrário não passaria de mera projeção que, por mais que não fosse contrária à lógica, deveria ser comprovada para se revestir de contornos científicos. Ademais, o fato de esta realidade sugerida se efetivar em determinada realidade não possui o condão de fazer da assertiva teoria globalizante, pois que afeta a uma situação específica de tempo e espaço.

No caso em particular da eficiência, a falha vem da própria delimitação de sua acepção por Posner (2013), que mais parece um amálgama do critério de Kaldor-Hicks (compensação meramente potencial dos prejuízos sofridos) com a superioridade de Pareto (necessária compensação de todos os prejuízos experimentados).

Dessa forma, Posner (2013) tende a considerar o bem-estar em termos coletivos, caindo no olvido, voluntária ou involuntariamente, que o bem-estar individual pode restar prejudicado também em função do problema da distribuição inicial de direitos, questão essa que segue insolúvel, vez que nada garante que a divisão primeira se faça por meio de critérios de equidade, o que descambaria em perpetuação de desigualdade e, como consequência, da injustiça, a ser tutelada juridicamente.

Observe-se, assim, a que iniquidade o Direito estaria se prestando, qual seja, a de ser reduzido à função de fomentar e proteger o cometimento de injustiças. Uma completa desvirtuação do nobre propósito de efetivador da justiça que deve ser o escopo maior do Direito.

Por isso, em tom conclusivo, é impensável, e foge à própria noção de racionalidade – tão cara a Posner (2013) –, conceber tal critério como materializador da justiça social e, portanto, como fim a ser buscado pelo Direito.



## 2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER COMO PARÂMETRO DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: UMA FALSA OBJETIVIDADE INTERPRETATIVA?

2.1 O SENSÍVEL CÂMBIO TEÓRICO PARADIGMÁTICO DE POSNER: O CONSEQUENCIALISMO PRAGMATISTA COMO ARREFECIMENTO DA EFICIÊNCIA IDÔNEO A CONFERIR-LHE SUSTENTAÇÃO? 2.2 EM QUE CONSISTE A AUTOCONTENÇÃO INTERPRETATIVA JUDICIAL?: ANÁLISE A PARTIR DA OBRA *CÓMO DECIDEN LOS JUECES*, DE RICHARD POSNER. 2.3 A POSSÍVEL INCOERÊNCIA DO ARGUMENTO DA OBJETIVIDADE HERMENÊUTICA DA AED POSNERIANA: CRÍTICA À IDEOLOGIA MERCADOLÓGICA COM ESTEIO NA OBRA “AMOR LÍQUIDO”, DE ZYGMUNT BAUMAN. 2.3.1 A efemeridade das relações sociais. 2.3.2 O mal global. 2.3.3 Indução ao consumo inconsciente.

Nesse capítulo discutir-se-á, de maneira mais específica, se a mudança na teoria de Posner de um efficientismo para um pragmatismo consequencialista é suficiente para sustentar sua teoria hermenêutico-jurídica, e se o paradigma econômico a informar a interpretação do Direito conduz a caminhos desvirtuadores do Direito e da prestação jurisdicional.

### 2.1 O SENSÍVEL CÂMBIO TEÓRICO PARADIGMÁTICO DE POSNER: O CONSEQUENCIALISMO PRAGMATISTA COMO ARREFECIMENTO DA EFICIÊNCIA IDÔNEO A CONFERIR-LHE SUSTENTAÇÃO?

Inicialmente, insta explicar a razão pela qual dentre as diversas propostas de AED<sup>38</sup> existentes (Escola Neoinstitucional, Escolha Pública etc.), e por isso mesmo não encontrando nem de longe perspectiva unívoca (ROEMER, 1994), optou-se por proceder à análise da postura proposta por Richard Posner (2013).

A escolha por este se deu notadamente pelo fato de ser um destacado – e seguramente o de maior apelo literário – “discípulo” dos precursores do discurso econômico no Direito, na Universidade de Chicago, notadamente Ronald Coase e Aaron Director (ROEMER, 1994), não sendo nenhum absurdo afirmar que que Posner conferiu à AED aporte pujante o suficiente para se descolar do “ventre materno” de Coase e Director e, com isso, não ser mera sombra destes, adquirindo, pois, autonomia doutrinária em relação aos mesmos.

A corroborar a importância de Posner no âmbito da AED, com foco especialmente na pós-graduação brasileira, tem-se o posicionamento de Heinen, adiante alinhado:

---

<sup>38</sup> Com esteio em Roemer (1994), traz-se, a título informativo, alguns dos principais expoentes das posturas de AED mencionadas, quais sejam: da Escola Neoinstitucional, Oliver E. Williamson; da Escolha Pública, James Buchanan.

No meio do crescente interesse acadêmico pelo movimento de Direito e Economia no Brasil, as leituras das obras de Richard Posner estão quase sempre presentes, provavelmente devido à importância de sua obra para a compreensão do movimento e pela acessibilidade de seus textos – muitos já traduzidos para o português. Dentre os 72 programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil, cujos dados da avaliação dos cursos feita pela CAPES em 2012 estão disponíveis, em 35 deles os professores indicaram obras de Richard Posner nas bibliografias das disciplinas ministradas, o que representa 48,6 % dos cursos. Foram ao menos 21 diferentes obras de autoria de Richard Posner indicadas e que, em sua maioria, tratam da aplicação da AED ao direito. A obra mais indicada foi o livro em que Posner desenvolve a AED e sugere como aplicá-la aos diferentes ramos do Direito, *Economic Analysis of Law* (indicada em 22 Cursos), seguida de sua *The problems of Jurisprudence* (indicada em 14 Cursos) em que o autor discute as inúmeras críticas que a AED recebeu e apresenta sua proposta de uma teoria pragmática do Direito. (HEINEN, 2016, p. 28)

Em apertada síntese, esse o móbil da escolha de Richard Posner como marco teórico antitético para o presente estudo.

Difícilmente autores de grande envergadura intelectual – e Richard Posner encontra-se inserido neste rol – assumem posturas sacramentais, imutáveis, pois por mais “doloroso” que seja para o “orgulho ferido” conceber que seus pontos de vista estavam carregados de impropriedades. Por essa mesma razão se impõe com força obrigatória senão uma reviravolta paradigmática, ao menos mudança em algum(ns) aspecto(s) essencial(is) de suas doutrinas. Isso os faz grandes.

Assim ocorreu, por exemplo, com Hans Kelsen (VASCONCELOS, 2003), que ao longo de sua trajetória intelectual possuiu ao menos três facetas, sendo que a segunda delas, sob a influência do Direito Internacional, no início dos anos 1940, nos EUA, fez com que ele parecesse ser outro autor (cf. KELSEN, 2008), em especial quando conferiu expressivo aporte pragmático à Hermenêutica Jurídica (SILVA, 2017, p. 187). Para ilustrar essas mudanças, é salutar o comentário de Vasconcelos:

Com relação a nosso autor, pode-se falar com inteira procedência, nas imagens teóricas de nada menos de que três Kelsen, bem distintos e suficientemente caracterizados: 1º - o Kelsen europeu, concebido fundamentalmente segundo os princípios do idealismo transcendental de Kant e comprometido com o sistema de Direito continental europeu, de índole legislativa; 2º - o Kelsen norte-americano, reformulado para absorver a doutrina e as instituições do Direito de constituição inglesa, deste modo passando a vincular-se ao sistema do *Common Law* [...]; 3º - por último, o Kelsen da “Teoria Geral das Normas”, trabalho publicado em 1978, depois de sua morte, portanto. Nesta obra, empreende a ingente tarefa de pôr seu pensamento à prova da nova temática jurídica, formada por linhas de pesquisas inteiramente alheias ao contexto em que a teoria pura foi concebida. (VASCONCELOS, 2003, p. 2)

No que diz respeito ao “2º Kelsen”, quando da escrita de sua “Contribuições à Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 2008, p. 116), revisita sua nevrálgica “norma hipotética fundamental”, admitindo inexistir nessa aspecto jurídico-normativo, sendo mera norma pressuposta, verdadeira condição essencial para a existência e legitimação do todo o

ordenamento jurídico – a construção escalonada do ordenamento jurídico, onde a norma hierarquicamente inferior retira seu fundamento de validade da que lhe é superior, sendo a norma hipotética fundamental o ponto de contenção do ordenamento, para que não se tenha que recorrer ao infinito –, aproximando sua teoria de um jusnaturalismo que por quase seis décadas de vigorosa construção teórica buscou combater.

Esse aparte em que se faz alusão a Kelsen é apenas para dizer que as pessoas são passíveis de mudanças. Isso denota humildade acadêmica, por mais que se possa questionar o acerto do emprego do vocábulo “humildade”, pois por muitas vezes o câmbio se dá de maneira impositiva, involuntária. Mas seja como for, Posner, após fortes críticas, sobremaneira as da lavra de Dworkin (1980), assim como ocorreu com Kelsen diante das de Carlos Cossio (COSSIO, KELSEN, 1952), alterou sua doutrina.

Entretanto, surge a pergunta: mudou a ponto de alterar aspectos substanciais de sua teoria que lhe venha a conferir sustentação doutrinária? É o que se passa a analisar a partir de agora.

Posner (1979) publicou o artigo *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, no qual busca configurar a maximização da riqueza como critério ético a informar o Direito. Este escrito rendeu ao mesmo severas posturas de resistência, tratadas no tópico anterior. Observe-se:

I shall be explicating the economic norm know as "wealth maximization". I shall argue that it is distinguishable in ethically significant ways from the utilitarian ideal and from those forms of welfare economics that are derived from utilitarianism. Yet it is well to bear in mind that, even viewed as applied utilitarianism, economics is a distinct field of intellectual activity from philosophical utilitarianism; it has a technical vocabulary, theorems, methodology, etc. of which a utilitarian philosopher might be ignorant of electrical engineering.<sup>39</sup> (POSNER, 1979, p. 105)

Posner (1979) neste instante está convencido que ao estabelecer diferenciação entre a perspectiva de utilitarismo que quer incutir e a perspectiva tradicional de utilitarismo, seu ponto de vista encontraria sustentação. No entanto, essa postura denota muito mais chicana que construção científica (DWORKIN, 1980); a bem da verdade, é verdadeiro contorcionismo pautado em sutilezas irrelevantes para se esquivar das críticas.

O que mais causa espanto é que após dois anos da escrita deste artigo, ou seja, já em 1981, e mais dois anos depois, em 1983 (após quatro anos da defesa intransigente da maximização da riqueza, tempo mais que suficiente para que este maturasse seu pensamento),

---

<sup>39</sup> “Eu explicarei a norma econômica conhecida como "maximização da riqueza". Argumentarei que se distingue de maneira eticamente significativa do ideal utilitarista e das formas de economia do bem-estar derivadas do utilitarismo. No entanto, é bom ter em mente que, mesmo vista como utilitarismo aplicado, a economia é um campo distinto de atividade intelectual do utilitarismo filosófico; tem um vocabulário técnico, teoremas, metodologia, etc., dos quais um filósofo utilitarista pode ser um ignorante a respeito de engenharia elétrica.” (POSNER, 1979, tradução nossa)

Posner reforça em ambas as oportunidades esse posicionamento, nas duas primeiras edições da obra “A Economia da Justiça”. Observe-se os posicionamentos na primeira e na segunda versão dessa obra, respectivamente, nos dois parágrafos que seguem:

A coisa mais importante que devemos ter em mente sobre o conceito de valor é que este se funda naquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por uma mercadoria e não na felicidade que extrairão de sua aquisição. É claro que valor está relacionado a felicidade: uma pessoa não compraria uma mercadoria se não obtivesse com esta mais felicidade, no sentido utilitarista mais abrangente, do que obteria com outras mercadorias ou serviços (incluindo-se o ócio) dos quais teria de abrir mão para tê-la. [...] Da mesma forma, a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado. (POSNER, 2010, p. 73)

Ao reler este livro após dois anos de dedicação praticamente exclusiva a uma atividade bem diversa do ensino e da pesquisa acadêmicos – a de um juiz de um tribunal federal – sinto-me quase como se estivesse lendo algo escrito por outra pessoa. Ainda assim, não penso que o texto careça de nenhum tipo de reformulação fundamental. (Prefácio da edição de 1983)

Observe-se, portanto, que Posner (2010) insiste em conceber a maximização da riqueza como fundamento ético do Direito, pois apesar de tudo “não penso que o texto careça de nenhum tipo de reformulação fundamental”.

Foi somente em 1985 que o autor, ainda que de maneira tímida, começa a efetiva “migração” da maximização da riqueza calcada na eficiência para um pragmatismo de cunho consequencialista, ao publicar o artigo *Wealth Maximization Revisited*, que como o próprio nome sugere, traz em si um arrefecimento das posições posneriana, como deixa entrever o trecho que segue:

Some years ago, I published an article in which I argued that "wealth maximization" provides an ethically attractive norm for social and political choices, such as those made by courts asked to determine whether negligence or strict liability should be the rule for deciding whether an injurer must compensate his victim. This article gave rise to a flurry of criticisms, to which I replied – without convincing many of the critics. I am pleased to have this opportunity to reconsider my position. Perhaps as a result of my new perspective as a judge, I find myself slightly more sympathetic to some of the criticisms than I once was – but only slightly more.<sup>40</sup> (POSNER, 1985, p. 85)

Disso se extrai que, ainda que a contragosto, Posner (1985) promove abertura para o alijamento da parte mais extremada de sua doutrina. No entanto, foi apenas no início da década de 1990, ou seja, mais de dez anos após a defesa intransigente do efficientismo utilitarista

---

<sup>40</sup> “Há alguns anos, publiquei um artigo em que argumentei que a "maximização da riqueza" fornece um atrativo ético-normativo para escolhas sociais e políticas, tais como aquelas feitas por tribunais instados a determinar se a negligência ou a responsabilidade objetiva deve ser a regra para decidir se um delinquente deve compensar sua vítima. Este artigo deu origem a uma enxurrada de críticas, às quais eu respondi - sem convencer muitos dos os críticos. Estou satisfeito por ter esta oportunidade de reconsiderar a minha posição. Talvez como resultado da minha nova perspectiva como um juiz, eu me sinto um pouco mais simpático para algumas das críticas que eu recebi, mas apenas um pouco mais.” (POSNER, 1985, tradução nossa)

decorrente da maximização da riqueza que Richard Posner (1993) de fato migra para o pragmatismo, com o livro *The Problems of Jurisprudence*, com o critério da eficiência ocupando lugar bem mais modesto que outrora.

No entanto, alguns ranços preconceituosos injustificáveis ainda permaneceram, como se verifica no caso do tratamento à figura feminina. Observe-se.

In the view I am expounding, the masculine outlook is that of legal positivism, the feminine that of natural law. [...] At the "feminine" end, law turns into the anarchy of "popular justice," symbolized by the trial of Socrates and by the kangaroo courts of totalitarian regimes, such as Mao's "people's courts." The "feminine" pole may be the very last thing any member of an oppressed group—if that is how the modern American woman should be regarded – should desire in a legal system.<sup>41</sup> (POSNER, 1993, p. 404-405)

Ou seja, Posner (1993) vincula previamente, e sem qualquer embasamento, a perspectiva feminina sobre o Direito a desmandos, e ainda põe a mulher norte-americana na condição de grupo naturalmente oprimido. Império do machismo! Inconcebível, dado o destacado papel que as mulheres exercem nas academias jurídicas e também em todas as searas teóricas e práticas do Direito.

No entanto, por mais que se evidenciasse a mudança de Posner em parte de sua doutrina para o pragmatismo, será que esse pragmatismo consequencialista é mais desejável que o soez eficientista? A problemática ventilada demanda consideração. Diz-se isso porque o referido autor (cf. POSNER, 2011) passa a defender ser inevitável aplicar o Direito a partir do paradigma pragmatista, pois essa postura está presente de “maneira natural”, até mesmo naqueles que não se assumem enquanto tal. Veja-se:

Quizá los jueces más distinguidos están también más dispuestos que otros a confesar su pragmatismo (aun si sólo un pragmatismo puntual, como sucede en el caso del magistrado Scalia), quizá, precisamente, porque su distinción les aísla de la crítica a la que, sin embargo, uno menos herético invitaría, o porque quizá es más probable que sean legisladores ocasionales los jueces distinguidos a que lo sean sus colegas de menor prestigio y que, por tanto, sea más probable que se den cuenta de que, em su mayor nivel de exigencia, juzgar es una actividad pragmatista<sup>42</sup>. (POSNER, 2011, p. 292)

---

<sup>41</sup> “Na visão que proponho, a perspectiva masculina é a do positivismo jurídico, e a feminina é a do direito natural. [...] Na extremidade “feminina”, o direito se converte na anarquia da “justiça popular”, simbolizada pelo julgamento de Sócrates e pelos tribunais ilegais e irregulares de regimes totalitários, como os “tribunais do povo”, de Mao. O pólo feminino talvez seja a última coisa que qualquer membro de um grupo oprimido – se é assim que se pode ver a norte-americana moderna – gostaria de encontrar num sistema jurídico.” (POSNER, 1993, tradução nossa)

<sup>42</sup> “Talvez os juízes mais distintos estejam também mais dispostos do que outros a confessar seu pragmatismo (mesmo que seja apenas um pragmatismo pontual, como no caso do Juiz Scalia), talvez precisamente porque sua distinção os isola da crítica à qual, no entanto, um menos herético faria, ou porque talvez os juízes ilustres sejam mais propensos a serem legisladores ocasionais que seus colegas menos prestigiados e, portanto, mais propensos a perceber que, em seu nível mais alto de exigência, julgar é uma atividade pragmatista.” (POSNER, 2011, tradução nossa)

O pragmatismo atribui demasiada importância às consequências práticas que uma ação ou ideia podem ter (ESTEVEVES, 2010, p. 70), o que desemboca necessariamente em uma teoria tipicamente utilitarista, pois a ideia somente seria boa caso resultasse em algum efeito prático proveitoso. Falar de aproximação com o ideário da maximização da riqueza e do utilitarismo não se afigura como desarrazoado.

Dessa forma, a prática e a teoria seriam irmãs siamesas. Falando de outra forma, as elucubrações filosóficas restariam severamente prejudicadas (POSNER, 2010, p. 43), pois a teoria crítica somente se justificaria a partir do instante em que houvesse a materialização de seus efeitos no campo prático.

Como decorrência dessa maneira de se enxergar o mundo, vale dizer, finalística, infere-se a possível criação de um povo acrítico, em virtude da falta de compromisso com a teoria, com a epistemologia e com a filosofia. Isso pode ser um elemento poderosíssimo de alienação, notadamente em sociedades que, em razão de seu nível inicial de adiantamento, moral ou científico, ainda não desenvolveram senso crítico apurado.

Ademais, há um prejuízo até mesmo quanto aquilo que é digno de se crer, vez que o crível se confundirá lamentavelmente com aquilo que traga algum tipo de vantagem (POSNER, 2010). Não se pode compactuar com esse tipo de raciocínio.

O novel paradigma posneriano (POSNER, 2010), de cunho pragmático-consequencial levemente eficientista é calcado, como não poderia deixar de ser, no sistema de precedentes, no qual, em nome de uma objetividade e previsibilidade das decisões judiciais, deixa passar ao largo propositadamente o fato de o próprio sistema de precedentes ser questionável, pois não raro as decisões que servirão de parâmetro para a vinculação dos tribunais inferiores se estribam em critérios tipicamente políticos, vale dizer, trazem em si congenitamente a arbitrariedade própria dos reais fatores de poder que contam com força o suficiente para fazer valer as suas vontades.

Com isso o compromisso com o Direito resta relegado a um segundo plano, sobrando para este a ultrajante função de legitimar desmandos de grupos políticos dominantes dentro de determinado conjuntura histórica. Não se pode comungar com a implantação de tal tipo de forma de pensar o Direito, sob pena de desintegrá-lo de maneira irreversível.

Em sua obra *Law, Pragmatism and Democracy*, POSNER (2003, p. 13) escancara a sua intenção com a adoção dessa “filosofia”, ao sentenciar: “Drawing out the implications of



everyday pragmatism for adjudication and political governance, and thus for legal positivism and for democracy, is the principal undertaking of the book.<sup>43</sup>”

Fortalece-se sobremaneira dessa forma o ativismo judicial (POSNER, 2003), a partir do momento em que o magistrado fica legitimado a julgar levando em conta as consequências fáticas de suas decisões, ao arrepio do mandamento normativo-jurídico, o que pode, inclusive, fazer com que os juízes deem mais atenção a como a opinião pública do que propriamente àquilo que o ordenamento jurídico preceitua, ficando potencialmente reféns da mídia, o que é totalmente incompatível com a atividade judicante, que não deve temer impopularidade: deve julgar de acordo com o Direito, e fundamentar suas decisões juridicamente, e não com base em critérios políticos.

E para as vozes que se levantem a defender a defender a opinião pública como guardiã da sabedoria, do que é justo e correto; aliás, a história demonstra de maneira sobeja os equívocos cometidos pelos juízos de valor coletivos, desde Jesus Cristo e Barrabás – a voz do povo nem de longe é a voz de Deus! – a Mussolini , na Itália, e Hitler, na Alemanha, que ascenderam ao poder com largo respaldo popular (LEVISTSKY; ZIBLATT, 2018).

Adverta-se, entretanto, que a ideia neste ponto da tese veiculada não possui o propósito de amesquinhar o apoio popular, que é, sim, importante: o que se quer alertar é para o fato que suas “prescrições” não podem ser recebidas de maneira acrítica, devendo ser feita uma filtragem, porquanto historicamente muitas vezes se mostram falíveis e iníquas, não representando, pois, a fiel expressão da verdade e da justiça.

A atividade hermenêutica fica bastante prejudicada, porquanto a perspectiva pragmatista (POSNER, 2003) de cunho consequencial não é muito afeta a limites e vínculos, mudando ao sabor das conveniências políticas, e não pode o jurisdicionado ficar à mercê de tão monumental contingência.

Mas há ainda a possibilidade inversa da mutabilidade do “entendimento” judicial de índole política: uma vez instaurada uma oligarquia, o Direito servirá como instrumento de manutenção de uma realidade excludente, vez que os precedentes tenderão a permanecer praticamente imutáveis, o que também é indesejável. Em síntese, tem-se que o pragmatismo robustece o ativismo judicial, seja pela via da mudança, seja pela via da estabilidade. No entanto, veja-se a volúpia como Posner o concebe:

I find pragmatism bracing; others may find it paralyzing. Pragmatist skepticism about "truth" might, for example, be thought to undermine the nation's commitment to free speech. If there is no truth "out there," how can free speech be defended by reference

---

<sup>43</sup> “Extraír as implicações do pragmatismo cotidiano para a adjudicação e a governança política e, portanto, para o positivismo legal e para a democracia, é o principal objetivo do livro.” (POSNER, 2003, tradução nossa)

to its efficacy in bringing us nearer to truth? Actually that is not such a difficult question. If there is no truth out there, this should make us particularly wary of people who claim to have found the truth and who argue that further inquiry would be futile or subversive and therefore should be forbidden.<sup>44</sup> (POSNER, 1993, p. 466)

Aqui se pode perceber que Posner muda o discurso, mas não tanto assim, pelo menos no que diz respeito à recalitrância da defesa de pontos que se reputam como indefensáveis. No intuito de conferir coerência à sua postura, já em 2003 o autor publica a obra *Law, Pragmatism and Democracy*, na qual reforça seus posicionamentos pragmatistas da década de 1990.

Neste livro Posner tenta estabelecer a diferenciação entre duas espécies de pragmatismo: o filosófico e o cotidiano:

Chapter 1 elaborates on the difference between philosophical and everyday pragmatism but distinguishes en route between two types of philosophical pragmatism. One, which I call “orthodox” pragmatism and is mainly what I have been discussing thus far, is within the mainstream of academic philosophy. The other, which I call “recusant” pragmatism and associate primarily with Rorty among living philosophers, seeks a new role for philosophy, one that will enable philosophers to make a constructive contribution to the solution of practical social problems, including legal problems. I doubt the feasibility of this quest.<sup>45</sup> (POSNER, 2003, p. 13)

Essas duas perspectivas, entretanto, denotam a intenção sua intenção em lançar as bases de uma teoria que relativiza bastante a desmedida importância que por décadas conferiu ao critério da eficiência (SALAMA, 2010), para uma ideia de um consequencialismo fortemente marcado pelo desapego à análise aprofundada das condições possibilitadoras dessas mesmas possíveis consequências (HEINEN, 2016), o que pode acarretar a formação de uma sociedade alienada ao ponto de confundir a justiça social com aquilo que traz a um determinado grupo vantagens – e que se quer “vender” como benéfico a toda a coletividade –, resaindo daí apenas uma nova roupagem, mais moderna e supostamente mais humilde para o utilitarismo que marca a doutrina econômica a ser aplicada ao Direito. Nesse sentido é salutar a perspectiva de Rosa, para quem:

Esta corrente metodológica adota, além dos princípios do liberalismo econômico, a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da

---

<sup>44</sup> “Considero o pragmatismo estimulante; outros, talvez o considerem paralisante. O ceticismo pragmatista sobre a “verdade” poderia, por exemplo, ser visto como uma ameaça de destruição do compromisso do país com a liberdade de expressão. Se não existe verdade “lá fora”, como se poderia defender a liberdade de expressão evocando sua eficácia em levar-nos para mais perto da verdade? Na verdade, não se trata de uma pergunta tão difícil. Se não há verdade lá fora, isso nos deveria deixar particularmente desconfiados das pessoas que afirmam tê-la encontrado, e que argumentam que novas investigações seriam fúteis ou subversivas, devendo-se, portanto, proibi-las.” (POSNER, 1993, tradução nossa)

<sup>45</sup> “O Capítulo 1 discute a diferença entre o pragmatismo filosófico e cotidiano, mas distingue no caminho dois tipos de pragmatismo filosófico. Um, que chamo de pragmatismo “ortodoxo” e é principalmente o que discuti até agora, está dentro do pensamento predominante na filosofia acadêmica. O outro, que chamo de pragmatismo “recusante” e associo principalmente a Rorty entre outros filósofos vivos, busca um novo papel para a filosofia, um papel que possibilitará aos filósofos das uma contribuição construtiva para a solução de problemas sociais práticos, inclusive problemas legais. Tenho dúvida sobre a exequibilidade da busca.” (POSNER, 2003, tradução nossa)

ciência econômica e, por isso, pode ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar a nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico. (ROSA, 2012, p. 139)

No entanto, a tentativa de Posner (2003) de pensar o Direito a partir de sua proposta econômica em nada difere da essência das mais variadas propostas de análise econômica existentes, qual seja, a de dotar o Direito de metodologia “messiânica”, dada a incompetência do aspecto jurídico, de *per si*, conferir-lhe cientificidade, estribada em uma suposta analogia de cunho estrutural existente entre esses dois ramos do saber que permitiria à Economia espalhar-se sobre o Direito, com o pretexto de atribuir-lhe aporte científico, quando em realidade a ideia é a de sugar-lhe a seiva vital a ponto de desnaturar-lhe.

De fundo, a real intenção de Posner (2003), é tão somente dotar sua doutrina de uma sustentação através do subterfúgio da redução do protagonismo da eficiência em prol de um consequencialismo prático-objetivista (SALAMA, 2010), que reduziria posturas decisionistas no Direito.

Esta proposta, no entanto, após a análise dessas considerações, afigura-se ao pesquisador como infausta, vez que simplesmente cambia uma dada ideologia pela ideologia mercadológica a informar o Direito e, em assim sendo, por mais que tenha ocorrido o arrefecimento doutrinário, ainda assim o novo ideário se mostra como inservível para este desiderato.

Impende advertir que a essa inclinação do pesquisador pela falência da proposta autorrestritiva interpretativa da AED para o Direito não se quer atribuir a roupagem de um fato; ao revés, mas trata-se, isso sim, de uma conclusão da pesquisa efetuada; em outros termos, tem-se que esse é o posicionamento esposado neste trabalho, não significando inexistirem posicionamentos contrários respeitáveis, igualmente defensáveis dentro do contexto plural e, portanto, democrático, caracterizador do ambiente acadêmico.

Isso até para o propósito de garantir a isenção acadêmica, desejável no âmbito de referidos escritos. Então, é prudente trazer, a título de contrapontos à visão do pesquisador, ainda que a nível nacional, posicionamentos de alguns autores que, contrariamente ao que defende autor dessa tese, concebem a AED como idônea a resolver de maneira satisfatória os problemas sociais que reclamam respostas do Direito. Observe-se.

Para Gonçalves e Stelzer (2014), intuindo o que cognominaram “Princípio da Eficiência Econômico-Social” (PEES), entendem que é possível compatibilizar os aspectos de

racionalidade e humanização no discurso econômico no Direito, a partir do estabelecimento do que seria o PEES, assim como pelo preenchimento das condições que seguem:

O Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) justifica-se, delimitando como categoria teórica, distinta possibilidade de interação econômico-jurídica socialmente inclusora; progressista e capacitada para a realização dos Direitos individuais e sociais de forma eficaz e eficiente; permitindo racionalidade e humanização para a norma positivada, sem perder de vista os dilemas da vida, especialmente humana, em meio aos contextos econômicos, políticos e jurídicos. [...]a) A inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício para a tomada de decisão econômico-jurídica; b) A consideração; para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos – adjudicação de direitos, da totalidade dos agentes econômicos e das partes envolvidas, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômico-jurídica; c) O primado da distribuição e redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo o Mínimo Ético Legal determinado pelo Estado; d) A apreciação do caso concreto de forma eficiente, segundo expectativas da AEDI, eliminando--se os reflexos das externalidades individuais ou coletivas que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como, os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras e; e) A avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social. (GONÇALVES; STELZER, 2014)

Também Gico Jr. (2014), ao defender a AED, fazendo uma comparação entre o modo “tradicional” de se pensar o Direito e o modo “juseconômico”, preceitua:

Tradicionalmente, os integrantes da academia jurídica iniciam suas análises partindo do pressuposto que o direito é composto por normas e que seu objeto prioritário de pesquisa é identificar o conteúdo e o alcance dessas normas. A normatividade das regras jurídicas é pressuposta e o instrumental de pesquisa predominantemente utilizado é a hermenêutica. Assim, um jurista tradicional preocupado com a conservação do patrimônio histórico-cultural poderia discutir se “cultura” integra o conjunto de significados associados à expressão “meio ambiente” e, se a resposta for positiva, se prédios históricos gozam da mesma proteção e limitações impostas pelas leis ambientais para áreas verdes, por exemplo.

Por outro lado, os juseconomistas têm como principal característica considerar o direito enquanto um conjunto de regras que estabelece custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos. Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso esta regra seja alterada. Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos. (GICO jr., 2014, p. 18-19)

Timm (2014), ao analisar economicamente os contratos, enquanto mecanismo para a criação da riqueza, estabelece:

Se, então, adotarmos os pressupostos da Escola Neoclássica, em especial que cada pessoa é racional e se comporta de acordo com seus próprios interesses (*individualismo*), chegaremos a uma situação em que os bens tendem a passar da pessoa que lhe dá menor valor à pessoa que lhe dá maior valor. [...] Dessa forma, a troca no seio da sociedade permite que os bens passem para aqueles que lhes deem maior valor. Naturalmente, a economia de mercado potencializa estes câmbios e, por isso, tem sido o sistema de organização social que cria mais riqueza e desenvolvimento. [...] Esse aumento na riqueza total da sociedade é o que os economistas chamam de *excedente econômico* de uma transação. Quando um contrato

tiver excedente econômico maior que zero, ele trará um resultado eficiente. (TIMM, 2014, p. 161)

Perceba-se ainda que encontra na literatura, até mesmo em quem não é fervoroso defensor da AED, ao menos a admissão que o diálogo entre Direito e Economia é possível, como em Esteves (2010, p. 171; 222-230), onde se busca a superação, metodologicamente, de uma análise baseada exclusivamente em uma “superposição de visões”. No entanto, observe-se que se mantém ponto comum entre essas perspectivas de defesa da AED: a previsibilidade comportamental estribada na maximização da riqueza e na eficiência, em que pese o fato de Esteves (2010) atenuá-la, através da adoção de estudos da Sociologia Jurídica.

## 2.2 EM QUE CONSISTE A AUTOCONTENÇÃO INTERPRETATIVA JUDICIAL?: ANÁLISE A PARTIR DA OBRA *CÓMO DECIDEN LOS JUECES*, DE RICHARD POSNER

A ideia de autocontenção judicial aparece como antagônica à de ativismo judicial, no sentido de tentar imputar aos magistrados maior comedimento na atividade jurisdicional, impedindo que o Judiciário interfira indevidamente no âmbito de competência exclusiva das demais funções estatais (Legislativo e Executivo), vez que estas são de cunho eminentemente político.

O tema, a despeito de atual, não é novo, vez que remonta ao final do século XIX, com o pioneirismo e protagonismo de Thayer (1893), ao se aproximar doutrinariamente da formulação de uma metodologia (ferramental) que possibilitava ao Judiciário servir como o fiel garantidor da aplicação de um Direito democraticamente construído. Observe-se.

How did our american doctrine, which allows to the judiciary the power to declare legislative Acts unconstitutional, and to treat them as null, come about, and what is the true scope of it? It is a singular fact that the State constitutions did not give this power to the judges in express terms; it was inferential. In the earliest of these instruments no language was used from which it was clearly to be made out. Only after the date of the Federal constitution was any such language to be found; as in Article XII of the Kentucky constitution of 1792. [...] So far as the grounds for this remarkable power are found in the mere fact of a constitution being in writing, or in judges being sworn to support it, they are inadequate. Neither the written form nor the oath of the judges necessarily involves the right of reversing, displacing, or disregarding any action of the legislature or the executive which these departments are constitutionally authorized to take, or the determination of those departments that they are so authorized<sup>46</sup>. (THAYER, 1893, p. 129-130)

<sup>46</sup> “Como nossa doutrina americana, que permite ao judiciário o poder de declarar inconstitucionais os atos legislativos, e tratá-los como nulos, surge e qual é o verdadeiro alcance dele? É um fato singular que as constituições estaduais não deram esse poder aos juízes em termos expressos; foi uma dedução. Nos primeiros desses instrumentos não se usava nenhuma linguagem a partir da qual pudesse ser claramente explicado. Somente após a data da constituição federal foi encontrada tal linguagem; como no Artigo XII da constituição de Kentucky de 1792. [...] Nem a forma escrita nem o juramento dos juízes necessariamente envolvem o direito de reverter,

Assim, com base em Thayer (1893), infere-se que a ideia de autocontenção judicial importa na intervenção da função judiciária em outras funções em último caso, de maneira fragmentária, apenas quando Executivo e Legislativo agissem – ou deixassem de agir – de maneira claramente desconforme com os preceitos constitucionais. Dessa forma evita-se esse protagonismo ou hipertrofia do Judiciário.

Partindo da ideia que permeia este trabalho, segundo a qual a discricionariedade – e não a arbitrariedade – do intérprete, seja na análise em abstrato da norma jurídica, seja quando de sua aplicação a problemas que demandam respostas concretas, estará sempre presente, em maior ou menor grau, a grande tarefa que se impõe aos pesquisadores do campo da Hermenêutica Jurídica é tentar dar conta das tensões existentes entre essa característica inamovível do ser humano, que o caracteriza como tal, qual seja, a de tomar partido, a subjetividade (JAPIASSU, 1975), e a necessidade de a interpretação não se converter em mera percepção pessoal do indivíduo (STRECK, 2013b).

Caso assim não fosse já não mais estar-se-ia diante de uma decisão jurídica, objetiva, mas sim de um juízo moral (STRECK, 2014b, p. 343) e, por isso mesmo, íntimo, que tenderia a não guardar qualquer compatibilidade com as fontes do Direito, que devem se impor com força obrigatória legítima. Por isso a necessidade do estabelecimento de balizas interpretativas. Essa a essência da autocontenção interpretativa judicial, tal como concebe o pesquisador.

No entanto, Posner, ao analisar a doutrina de Thayer, embora reconheça sua importância no que diz respeito à ideia em si, de limitação à atividade judicante, também aponta falências na mesma, como se depreende de seu artigo intitulado *The rise and fall of judicial self-restraint*:

With all its limitations, and with due regard for the contrary findings in Ringhand's study, Lindquist and Cross provide some evidence that judicial restraint remains an element, distinct from ideology, in the behavior, if no longer the theoretical commitments, of the Supreme Court. I hope that's true, even if it's just a trace element, because there are positive things to be said on behalf of such restraint. Thayerism is dead, but it has left a legacy. [...] The argument for constitutional restraint that Thayer himself put greatest weight on—the debilitating effect of aggressive judicial review on the responsible (including constitutionally attuned) exercise of the legislative power by legislators—reflects a naive conception of the capacity and incentives of American legislators, in his time as in ours. Thayer might have replied to such an accusation by arguing that it was precisely the neglect of his standard that had debilitated Congress's exercise of its function of constitutional interpretation. But such a reply would be implausible. Nothing in the character, motivations, or experience of people who become legislators suggests that were it not for judicial activism they would be

---

deslocar ou desconsiderar quaisquer ações ou determinações que o legislativo ou o executivo estejam constitucionalmente autorizados a tomar.” (THAYER, 1893, tradução nossa)

responsible interpreters of constitutional provisions and guardians of constitutional values<sup>47</sup>. (POSNER, 2012, p. 553-555)

Considerações preliminares e contextuais feitas sobre a autocontenção interpretativa judicial, passa a analisar como Richard Posner concebe o ato judicante em suas premissas (havidas por) autolimitativas. Para tanto, adotar-se-á por base sua obra *Cómo deciden los jueces*.

Posner (2011) inicia seu discurso a respeito das formas pelas quais se dão as decisões judiciais deixando entrever que inexistem coesão, vez que elenca nove propostas teóricas que se propõem a explicar o comportamento judicial, como se depreende do excerto abaixo:

Existen muchas teorías positivistas (en el sentido de descriptivas, como algo que se opone a normativas) del comportamiento judicial. Como podría esperarse, se centran especialmente en la explicación de las decisiones de los jueces. Las teorías son la actitudinal, la estratégica, la sociológica, la psicológica, la económica, la organizacional, la pragmática, la fenomenológica y, por supuesto, la que he venido llamando teoría legalista. Todas estas teorías tienen sus méritos y formarán parte de la teoría de la decisión que desarrollo en este libro. Pero todas ellas están o bien sobrevaloradas o bien son incompletas<sup>48</sup>. (POSNER, 2011, p. 31)

Depreende-se assim que Posner (2011) busca desenvolver sua teoria hermenêutica de cariz econômico a partir de um amálgama de teorias positivistas normativistas existentes, isto é, daquelas que se prestam a preceituar os requisitos a serem observados pelos magistrados em sua atividade judicante, não se contentando simplesmente em descrever – ou explicar – como um dado complexo de normas jurídicas se estrutura, a despeito de reconhecer que estas teorias partem de premissas diferentes, são falíveis, mas ainda assim são complementares, desde que seus vazios sejam preenchidos, tarefa que o próprio Posner acaba assumindo desempenhar.

Para lograr êxito nesse desiderato, qual seja, o de preencher as lacunas das teorias referidas, após a sobreposição que faz das mesmas, concebe a figura do julgador como a de um

<sup>47</sup> “Com todas as suas limitações, e com a devida consideração pelas descobertas contrárias, o estudo de Ringhand, Lindquist e Cross fornece algumas evidências de que a contenção judicial permanece um elemento distinto da ideologia, no comportamento, se não mais os compromissos teóricos da Suprema Corte. Espero que isso seja verdade, mesmo que seja apenas um vestígio, porque há coisas positivas a serem ditas em nome de tal restrição. O Thayerismo está morto, mas deixou um legado. [...] O argumento pela contenção constitucional que o próprio Thayer atribuiu maior peso ao efeito debilitante da revisão judicial agressiva do exercício responsável (inclusive constitucionalmente harmonizado) do poder legislativo pelos legisladores - reflete uma concepção ingênua da capacidade e dos incentivos dos legisladores americanos, tanto em seu tempo como no nosso. Thayer poderia ter respondido a tal acusação argumentando que era precisamente a negligência de seu padrão que debilitara o exercício do Congresso de sua função de interpretação constitucional. Mas tal resposta seria implausível. Nada no caráter, motivações ou experiência de pessoas que se tornam legisladores sugere que, se não fosse pelo ativismo judicial, eles seriam os intérpretes responsáveis das provisões constitucionais e guardiões dos valores constitucionais.” (POSNER, 2012, tradução nossa)

<sup>48</sup> “Existem muitas teorias positivistas (no sentido descritivo, oposto ao normativo) do comportamento judicial. Como poderia se esperar, preocupam-se especialmente com a explicação das decisões dos juizes. As teorias são a atitudinal, a estratégica, a sociológica, a psicológica, a econômica, a organizacional, a pragmática, a fenomenológica e, é claro, a que venho chamando teoria legalista. Todas estas teorias possuem seus méritos e formarão parte da teoria da decisão que desenvolvo neste livro. Mas todas elas são ou superestimadas ou incompletas.” (POSNER, 2011, tradução nossa)

agente do mercado de trabalho, embora em uma posição *sui generis*. Para que se tenha uma noção mais clara e exata de como Posner chega a essa identificação, salutar é expor o seu raciocínio:

Un mercado tiene dos lados: el de los compradores y el de los vendedores. Un mercado laboral está conformado por un lado comprador, que consiste en un conjunto de empleadores que desean contratar a trabajadores para asignarles un tipo específico de trabajo y por un lado vendedor, que consiste en un conjunto de trabajadores que prefieren esse tipo de trabajo antes que cualquier otra alternativa laboral que esté a su disposición. En el sistema de tribunales federales, el presidente, con la aprobación del Senado, contrata a gente para que resuelva el tipo de conflictos que el art. III de la Constitución pone bajo la jurisdicción del poder judicial de los Estados Unidos<sup>49</sup>. (POSNER, 2011, p. 71)

Não é necessário muito esforço intelectual para perceber a lógica mercadológica que Posner (2011) intenta empreender em sua teoria hermenêutica de jaez econômico, pois ao assimilar a função judicial como função do mercado laboral, embora com particularidades, traz, conseqüentemente, o magistrado como pessoa em relação de submissão aos ditames utilitaristas de maximização da riqueza, que farão com que suas tomadas de decisão obedeçam à “cartilha” do liberalismo econômico, sendo essa a previsibilidade comportamental no âmbito do Judiciário desejada pelo idealizador de tal ponto de vista – o de Posner (2011).

No entanto, a real consequência – que ressaí com altíssimo grau de previsibilidade – que advém dessa visão da submissão do Direito ao ideário econômico é a supressão ou diminuição drástica de direitos fundamentais (ROSA, 2012), em especial os sociais, que demandam prestações positivas dos poderes públicos, vez que tais direitos constituem o maior óbice para a plena implantação de um mercado sem fronteiras, dado que o cálculo econométrico sugere que esse aporte financeiro para as políticas públicas são gastos – quiçá supérfluos –, e não investimento nos bens primários do ser humano, imprescindíveis para que suas potencialidades possam desenvolver-se na plenitude<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> “Um mercado possui dois lados: o dos compradores e o dos vendedores. Um mercado de trabalho está estruturado por um lado comprador, que consiste em um conjunto de empregadores que desejam contratar trabalhadores com a finalidade de atribuir-lhes um trabalho específico, e por um lado vendedor, que consiste em um conjunto de trabalhadores que preferem esse tipo de trabalho a qualquer outra alternativa laboral que esteja à sua disposição. No sistema de tribunais federais, o presidente, com a aprovação do Senado, contrata as pessoas para que resolvam o tipo de conflitos que o artigo III da Constituição põe sob a jurisdição do poder judicial dos Estados Unidos. (POSNER, 2011, tradução nossa)

<sup>50</sup> Reflexo dessas ideias pode ser percebido também no plano legislativo, à luz da realidade brasileira. Refere-se aqui à cognominada “MP da Liberdade Econômica”, ou medida provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, que teve seu texto-base aprovado na Câmara dos Deputados em 13 de agosto de 2019, por 345 votos favoráveis, 76 contrários, e 1 abstenção. Em essência, trata-se de ato normativo oriundo do Poder Executivo, chancelado pelo Poder Legislativo, que, travestido da roupagem de tornar o Estado brasileiro mais atraente a investimentos da iniciativa privada, dado o “alto custo” do direito social trabalho, flexibiliza muitas regras trabalhistas – daí não ser exagero estar sendo chamada essa medida provisória de “minirreforma trabalhista”. À guisa exemplificativa do rol de subtração de direitos desse ato normativo tem-se o repouso semanal remunerado de um domingo a cada quatro semanas, quando a própria Constituição Federal, em seu artigo 7º, “XV”, estabelece que o repouso semanal se dará “preferencialmente” aos domingos; desnecessidade, para o início das atividades, de alvarás, licenças ou



Não se pretende assumir aqui a ingênua – e talvez utópica – visão que direitos fundamentais não possam ser reduzidos. Aliás, é característica intrínseca destes a relatividade (CANOTILHO, 2004), consoante decorre do próprio texto constitucional brasileiro as situações de excepcionalidade<sup>51</sup>. No entanto, tais limitações devem ocorrer dentro de limites (GUERRA

---

autorizações de funcionamento para empreendimentos de baixo risco; o funcionamento de atividades econômicas, em qualquer dia da semana, mesmo em feriado, qualquer horário; liberação para que agências bancárias funcionem aos sábados...

<sup>51</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

FILHO, 2010, p. 262), evitando dessa maneira que o núcleo essencial do direito a ser relativizado não seja violado, pois se este mínimo invulnerável passa a ser transgredido, o próprio direito se esvai, e isto é inaceitável, porquanto não haveria aí relativização de direitos, mas a desintegração irreversível do mesmo.

Ademais, atente-se ainda para o fato que caso se esteja em uma situação extrema, como a de um colapso econômico, é razoável, e até mesmo desejável, que tais direitos possam ser relativizados, observados, por óbvio, as limitações necessárias à própria relativização (ou limites aos limites).

No entanto, essa diminuição de direitos deve se dar por tempo determinado, afinal, não se deve olvidar que a medida se justifica diante de uma situação excepcional e, portanto, transitória, não devendo, por isso, mesmo, ser concebida a medida ou a legislação restritiva como *ad eternum*, e isso afigura-se como ponto fulcral! Observe-se que há inclusive a previsão de legislação por tempo determinado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB –, no artigo 2º: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”<sup>52</sup>

Dessa forma, inverte-se a lógica própria do Direito, que deve ser a de servir como instrumento de transformação social para melhor, e não uma forma para angariar pecúnia: o Estado e suas funções não são comércio. Caso as ideias econômicas efetivamente sejam

---

§ 2º Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Art. 140. A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

Art. 141. Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

Parágrafo único. Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 07 out. 2019.)

<sup>52</sup> (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 07 out. 2019.)

aplicadas ao modo de pensar o Direito, este restará como mero instrumento (HEINEN, 2016) para a consecução de propósitos utilitaristas, o que seria deveras amesquinhador, não devendo o Direito sujeitar-se a tal papel.

Não satisfeito, o autor defende ainda, tal como uma apologia ao realismo jurídico, o caráter político das decisões judiciais, ao preceituar:

Cuando deciden los casos de derecho constitucional, los magistrados del Tribunal Supremo son como legisladores de un sistema en el que no hubiera poder judicial que pudiera invalidar las leyes y donde los legisladores una vez elegidos no pudieran ser destituidos. Y algunas de las obligaciones impuestas a los jueces son, en realidad, libertadoras: el hecho de que no puedan conocer de aquellos casos en los que tengan intereses económicos o personales amplía su libertad de decisión, de la misma forma que no tener que responder ante un determinado electorado. Aunque sea solo en ese subconjunto de casos que son considerados indeterminados desde una perspectiva legalista, los jueces tienen un nivel tan alto de libertad como el que tienen los legisladores<sup>53</sup>. (POSNER, 2011, p. 99)

Esse posicionamento de Posner (2011), sob o argumento, de fundo válido, que a atividade interpretativa judicial não pode ficar adstrita a uma legalidade própria dos exegetas franceses do século XIX (BARRETTO, 1926), assume o caráter de sofismo, porquanto induz ao erro, a partir do instante em que possibilita ao julgador atuar enquanto legislador ocasional fosse, extrapolando mesmo as funções constitucionalmente deferidas a ele.

Isso porque, se é certo que a atividade interpretativa, com esteio na hermenêutica filosófica (GADAMER, 2011a), é processo eminentemente criativo, tal não pode ficar ao alvedrio das contingências próprias das preferências políticas do magistrado, devendo pautar-se por critérios minimamente objetivos, e estes não são nada compatíveis com a volatilidade própria da subjetividade (JAPIASSU, 1975), que caracteriza o ser humano.

Nesse diapasão, dado o nítido caráter ideológico que permeia o discurso hermenêutico de Posner (2011) para o Direito, urge considerar uma possível dicotomia, qual seja, a da inserção do juiz no meio social como algo, segundo aqui compreendido, absolutamente necessário para o desempenho da atividade judicante de maneira mais robusta, vez que o conhecimento das estruturas socioeconômicas nas quais o fenômeno jurídico se espraia é vital (COSSIO, 1964), sendo insuficiente o mero conhecimento da teoria, por um lado e, por outro a parcialidade, com a consequente fragilidade da decisão que tal inserção pode causar, dada a

---

<sup>53</sup> “Quando deciden os casos de Direito Constitucional, os magistrados do Supremo Tribunal são como legisladores de um sistema no qual inexistia poder judicial que pudesse invalidar as leis e onde os legisladores uma vez eleitos não possam ser destituídos. E algumas das obrigações impostas aos juízes são, em realidade, libertadoras: o fato de que não possam conhecer daqueles casos nos quais tenham interesses econômicos ou pessoais ampliam sua liberdade de decisão, da mesma forma que não ter que responder ante um determinado eleitorado. Ainda seja apenas nesse subconjunto de casos que são considerados indeterminados a partir de uma perspectiva legalista, os juízes têm um nível tão alto de liberdade legislativa como os que têm os legisladores.” (POSNER, 2011, tradução nossa)

influência do ponto de vista ideológico que desta aproximação pode decorrer, ao simpatizar por este ou aquele nicho societário.

Tal dicotomia, entretanto, ressaí como inevitável, em razão de tal propensão à parcialidade ser algo natural do ser humano (JAPIASSU, 1975); a cautela que se deve adotar é tentar alijar-se ao máximo possível de inclinações subjetivistas, através de mecanismos autolimitativos, mas sempre possuindo a ciência que inexiste neutralidade em temas humanos.

De tudo que se falou a respeito de como Posner (2011) considera o exercício da atividade jurisdicional, embora o mesmo retrate seu ponto de vista desde a experiência no contexto dos EUA, deve-se ter em conta que uma “teoria da decisão” (STRECK, 2014b) de cunho pragmático não é algo privativo de Estados com tradição jurídica de *Common Law*, pois este tipo de sistema jurídico nem de longe é mais algo insular (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015) havendo se espalhado também em Estados de tradição romano-germânica (*Civil Law*), a exemplo do Brasil, consoante sobejamente se observa no Código de Processo Civil de 2015, ao conferir grande importância ao *stare decisis et non quieta movere*, já aludido e exemplificado no item 1.3 deste trabalho.

Esse estreitamento de relações entre duas formas distintas de pensar o Direito, por si só não é ruim: o que é nefasto é a assimilação de uma realidade por outra, sem adaptações, em especial no caso do “importador” Brasil, pois que o *Common Law* estadunidense está calcado fortemente no paradigma mercadológico (POSNER, 2013), em um liberalismo no qual interesses até então havidos por aqui como indisponíveis, passam a ter caráter privatístico (ROSA, 2012), o que aniquila o núcleo essencial de direitos fundamentais que teriam a tutela do Estado, e esse, por sua vez, passa a ter papel drasticamente reduzido.

Por essa razão, ou seja, para não haver a mera recepção de doutrina alienígena, e também pelo fato de o acerto do Brasil do sistema de precedentes, é que urge estabelecer parâmetros limitadores da visão de mercado legada pelo *Common Law* na feitura e aplicação de normas jurídicas, o que adquire contornos bem sensíveis no Direito brasileiro, exatamente porque aqui há o primado da legalidade<sup>54</sup> (escrita), e a linguagem por meio da qual essa se exprime é, por natureza, vaga, possibilitando o assenhoreamento da norma pelo sujeito cognoscente.

---

<sup>54</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 07 out. 2019.)

No entanto, tem-se ciência que por maior que fosse o esmero do legislador em delimitar o alcance da linguagem por meio da qual se expressa a lei, é alvo demasiado romântico, pois por mais que esse alvo não fosse inatingível – e aqui se defende que é inalcançável –, não seria a clareza na linguagem elemento idôneo a acabar ou mesmo reduzir o ativismo judicial (STRECK, 2012), vez que este se notabiliza por uma deturpação e, logo, extrapolação, das balizas normativas, nunca se devendo olvidar que o Direito é posterior ao ato interpretativo (SILVA, 2017), quando da análise da “letra” da norma. Necessita-se avançar, definir parâmetros.

Por fim, faz-se paralelo da maneira como Posner (2011) concebe os julgamentos, e como se tenta implantar pela via legislativa no Brasil – açodadamente, para dizer o mínimo –, marcos que delimitem o proceder judicial. Refere-se à cognominada nova “lei de abuso de autoridade”, vale dizer, a lei ordinária nº 13.869/2019<sup>55</sup>, que visa criminalizar condutas de agentes públicos *lato sensu*, e em especial magistrados e membros do Ministério Público que extrapolem a legalidade, ficando a divergência interpretativa excluída do alcance do abuso de autoridade.

De fundo a iniciativa é louvável: zelar para que agentes públicos transitem sempre pelos marcos da legalidade, rechaçando ou ao menos desestimulando arbitrariedades. No entanto, há que se ter o cuidado para que esta possível legislação não se converta em mecanismo de criminalização daqueles que combatem a criminalidade, o que constituiria, inclusive, restrição inconstitucional à independência do Judiciário e do Ministério Público.

Que fique claro: não se defende neste trabalho doutoral postura arbitrária de quem quer que seja, principalmente nesses dias que nos deram para viver em que rotineiramente se veem desmandos nas cognominadas operações de combate à corrupção, que são dignas de um estado policialesco, *v.g.*, “Lava Jato”, “Ouvidos Moucos” etc., mas exatamente o oposto, dado que a sua espinha dorsal é combater decisionismos! Mas isso não impede que se tenha cautela. Explica-se.

O zelo que aqui se defende quando da análise desta lei é no sentido que essa não albergue em seu bojo medidas que desestimulem condenações e investigações, dada a tendência

---

<sup>55</sup> Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em 07 out. 2019.)

natural de se criar uma cultura de autoproteção de juízes e investigadores em geral, o que geraria efeito por demais nocivo: o recrudescimento da criminalidade.

Por mais que se diga que os chamados “julgados de hermenêutica<sup>56</sup>” não serão alcançados pela criminalização das condutas, tal afirmação, na prática, é inócua, pois, a rigor, a aplicação do Direito é, em si, sempre hermenêutico. Em suma, abusos e arbitrariedades oriundas de autoridades devem ser coibidos, mas de forma que isso não implique em esvaziamento de funções constitucionalmente atribuídas.

### 2.3 A POSSÍVEL INCOERÊNCIA DO ARGUMENTO DA OBJETIVIDADE HERMENÊUTICA DA AED POSNERIANA: CRÍTICA À IDEOLOGIA MERCADOLÓGICA COM ESTEIO NA OBRA “AMOR LÍQUIDO”, DE ZYGMUNT BAUMAN

Esse tópico se presta a examinar de maneira mais detida a possível impropriedade da proposta hermenêutica de Richard Posner (2011) para o Direito, em função de o modo de pensar este com base no ideário econômico fomentar a criação de sujeitos superficiais, insensíveis ao sofrimento de seus semelhantes e pautados pelo fato de gostarem mais das coisas do que das pessoas, dado serem forjados no “amor” (BAUMAN, 2004) a partir dos bens de consumo.

Para tanto, apoiar-se-á o pesquisador nos traços fortemente caracterizadores dos elementos denunciados Bauman (2004) em temas humanos, quais sejam, a liquidez e a velocidade, que acabam guardando sólidos pontos de contato com as ideias da AED posneriana (POSNER, 2013), de objetividade hermenêutica questionável, vez que busca tão somente a troca de uma dada ideologia a inspirar o Direito por outra: a mercadológica, caracterizada pela fluidez própria da substituição de bens (coisas) que repentinamente já não mais causam satisfação ao indivíduo. Esse o liame entre os dois autores: um (Bauman) denuncia para os perigos daquilo que o outro (Posner) intenta incutir como adequado a informar o Direito.

Por mais que de soslaio possa parecer despiciendo alertar, os vocábulos e expressões utilizados aqui, mormente por se referirem a temas sociais, não comportam significação

---

<sup>56</sup> “Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.  
§ 2º A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em 07 out. 2019.)

unívoca, não possuindo em si mesmos acepções acabadas, quando caberia ao intérprete pura e simplesmente “extraí-las”.

Dizendo de outra maneira, os significados dos signos linguísticos são coparticipados, construídos *a posteriori*, sendo essencial estabelecer-se as situações de uso nas quais se dá o emprego dos mesmos (GADAMER, 2011a); vale dizer, há que se contextualizar, vez que uma mesma expressão, a depender do contexto em que se insere pode contar com interpretações as mais plúrimas.

Para evitar, portanto, confusões semânticas, reitera-se a advertência ao leitor para o recorte pragmático conferido, a saber, a obra “Amor Líquido”, de Bauman (2004), pois por mais que os vocábulos aqui utilizados possam variar em termos hermenêuticos, a delimitação aqui proposta tem por base o referido autor polonês.

Ainda assim, por mais que haja um pensador central a servir de delimitador para os termos, imperioso é também ressaltar que aqui se compreende o conhecimento científico como algo holístico e, logo, há – como não poderia deixar de haver – interações com autores outros, com os quais há convergência de pensamento e até mesmo complementação de ideias.

Nesse particular, analisam-se sim, os pontos de contato da pecha da AED com as advertências feitas por Bauman, mas com articulações com o pensamento de Hannah Arendt, em especial em suas obras “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal” (2013), e “Origens do Totalitarismo” (1990). Advertência feita, urge proceder às considerações. Ei-las.

### **2.3.1 A efemeridade das relações sociais**

Os elementos liquidez e velocidade permeiam a obra de Zygmunt Bauman, para se referir às interações humanas. Não à toa a assertiva “Vivemos tempos líquidos. Nada é para durar.” (BAUMAN, 2004, p. 24), caracteriza o referido pensador de maneira a torná-lo inconfundível com qualquer outro. Tais elementos, pois, constituem a cognominada efemeridade das relações sociais.

Assim é em função da falta de padrão nas relações intersubjetivas, com o corolário lógico da falta de previsibilidade comportamental, ainda que mínima. O câmbio paradigmático se dá de forma tão célere e acrítica (BAUMAN, 2004), influenciado por realidades pré-existentes ao ser humano e, não raro carentes de conteúdo, que condicionam o proceder das pessoas, de maneira despsicologizada.

Dessa mudança açodada, apanágio da sociedade contemporânea, consoante Bauman (2004), ressaí a analogia com a terminologia “líquido”, que é praticamente onipresente nos títulos de suas obras, v.g., “Mal Líquido”, “Medo Líquido”, “Modernidade Líquida”, “Amor Líquido”, “Vida Líquida”, “Tempos Líquidos” etc. A alusão se dá por conta de ser uma propriedade natural dos líquidos alterarem sua forma de maneira demasiado célere (BAUMAN, 2004), ainda quando submetidos à pressão bem diminuta.

A forma dos líquidos, pois, é incompatível com a estabilidade, sendo por isso mesmo transitória, fugaz (BAUMAN, 2004, p. 13). A vinculação se dá exatamente pelo fato de as intrincadas relações sociais hodiernas – ou a modernidade líquida – serem fenômenos de curta duração, vez que ante a necessidade incessante de novos meios de satisfação de interesses, o que se valora em um dia somente possui importância até o instante em que surge um outro padrão material – e estes vivem se alterando inadvertidamente – que se lança como mais idôneo a efetivar a “felicidade”. Observe-se:

Uma relação de bolso bem sucedida, diz Jarvie, é doce e de curta duração. Podemos supor que seja doce porque tem curta duração, e que sua doçura se abrigue precisamente naquela reconfortante consciência de que você não precisa sair do seu caminho nem se desdobrar para mantê-la intacta por um tempo maior. De fato, você não precisa fazer nada para aproveitá-la. Uma ‘relação de bolso’ é a encarnação da instantaneidade e da disponibilidade. (BAUMAN, 2004, p. 18)

Dessa forma, na sociedade contemporânea inexistem certezas, que caracterizavam a estrutura rígida da outrora existente “sociedade sólida” (BAUMAN, 2016). É aquela, portanto, volátil.

Como possíveis consequências da escassez de previsibilidade comportamental, da incerteza do futuro, em razão dos pululantes padrões de satisfação, pode-se elencar, após análise de Bauman (2004): a) o ser humano fica refém das contingências ao ponto de se preocupar apenas com o “hoje”, o clássico *carpe diem*, ou “aproveite o dia”, sem maiores cautelas com o amanhã, com o ser previdente, já difundido em *terrae brasilis* em meados do século XVIII, com o arcadismo literário, por meio de poetas como Santa Rita Durão, Tomás Antônio Gonzaga, Basílio da Gama e Cláudio Manoel da Costa; b) a formação de seres humanos altamente individualistas, egoístas e, portanto, insensíveis às mazelas e agruras de seus semelhantes, como se pode observar nas crises de imigração europeias (FERRAJOLI, 2015), nos Estados Unidos da América – EUA –, e mesmo no Brasil, no *case* Venezuela.

Seja na Europa, EUA ou Brasil, não raro ocorre cerrarem-se as fronteiras para outros seres humanos que vislumbram simplesmente viverem de forma mais digna em Estados diferentes dos quais são oriundos (FERRAJOLI, 2015), ao fugir da fome, de doenças, dos horrores da guerra, dentre outras mazelas.



Consegue-se visualizar aqui uma grande contradição em um mundo que se diz globalizado: a globalização pressupõe um mundo sem fronteiras, mas ao que tudo indica essa porosidade fronteira (DAL RI JÚNIOR; POZZATTI JÚNIOR, 2012) é unilateral, pois quando se trata de flexibilização dos entraves para maximizar interesses econômicos, não se medem esforços, rompem-se os limites físicos e fictos dos Estados, reduzem-se direitos trabalhistas, inexiste vedação a retrocesso (ROSA, 2012); por outro lado, quando se trata de se sensibilizar com a situação de pessoas as mais vulneráveis possíveis (FERRAJOLI, 2015), que tentam tão somente condições de vida minimamente dignas, recrudescem o mais extremado nacionalismo, a xenofobia, erguem-se muros, fecham-se as fronteiras.

Nesse sentido é cristalino o posicionamento de Donald Trump, que na condição de presidente dos EUA, em janeiro de 2018, em reunião com democratas e republicanos, bradou: “Por que temos todas essas pessoas de países que são um buraco de merda vindo aqui?<sup>57</sup>”, ao se referir a imigrantes de Haiti e outros da América Central, além de países do continente africano. Isso sem falar do muro que intenta levantar na fronteira com o México para impedir que cidadãos deste País ingressem nos EUA.

Mais insensível ao sofrimento humano impossível. Até mesmo o palavreado utilizado não condiz com a posição que ostenta – a de presidente de um País –; aliás, tais expressões, de tão chulas, devem ser evitadas até mesmo pela chusma ignara.

Não se quer fazer crer que uma estabilidade absoluta seja o desejável; a mudança é necessária, vez que imperativa é a atualização, para que se consiga dar conta das exigências oriundas das novas estruturas socioeconômicas que são o palco onde as relações humanas são travadas (COSSIO, 1964). Afinal, a única coisa que permanece imutável em temas sociais é a própria mutabilidade, ainda que esta seja apenas releitura adaptação de situações já verificadas, em função da descontinuidade (GROSSI, 2010), apanágio do fenômeno histórico.

Tal mudança, entretanto, não deve se dar de maneira açodada, mas de forma lenta, paulatina e gradual, sendo imprescindível a maturação do pensamento, pois caso contrário as relações humanas não seriam minimamente consistentes.

A título ilustrativo do vazio decorrente da liquidez e velocidade das relações humanas na contemporaneidade, efêmera por excelência, pois “Quando se trata de objetos de consumo, a satisfação esperada tende a ser medida pelo custo – busca-se o valor em dinheiro”, consoante preleciona Bauman (2004, p. 29). Pode-se observar a formação do padrão de felicidade, que se

---

<sup>57</sup> ÉPOCA NEGÓCIOS. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/01/trump-usa-palavras-de-baixo-calao-ao-falar-sobre-haiti-e-outros-paises.html>>. Acesso em 08 out. 2019.

dá a partir da aquisição de bens materiais, que “necessitam” ser trocados na (rápida) medida em que surgem outros bens – que em essência em nada se diferencia dos anteriores –, fazendo com que se criem sujeitos que valorizam mais as coisas que as pessoas.

Ainda na esteira dos exemplos pode-se trazer as formas de interação virtuais da moderna sociedade líquida, conhecidas genericamente por, que não apenas são uma forma de comunicação fomentadora de disseminação de informações – e não de conhecimento! – rasas, servindo muitas vezes de vetor de reverberação de pensamento de uma horda de pacóvios<sup>58</sup>, como também trivializa a própria noção de amizade (BAUMAN, 2004, p. 37).

Por mais que o “fenômeno” “redes sociais”, tenha ocorrido após a escrita deste livro de Bauman que serve de base para este tópico da tese, pode-se observar que este autor “anteviu” referida realidade. Explica-se. O sujeito possui um milhão de “seguidores” em uma rede social qualquer, mas no entanto não consegue amealhar meia dúzia de pessoas em seu perímetro de convivência mais estreito, real. Veja-se:

**Seu celular está sempre tocando (ou assim você espera).** Uma mensagem brilha na tela em busca de outra. Seus dedos estão sempre ocupados: você procura as teclas, digitando novos números para responder às chamadas ou compondo suas próprias mensagens. Você permanece conectado – mesmo estando em constante movimento, e ainda que os remetentes ou destinatários invisíveis das mensagens recebidas e enviadas também estejam em movimento, cada qual seguindo suas trajetórias. Os celulares são para pessoas em movimento. [...] Uma chamada não foi respondida? Uma mensagem não foi retornada? Também não há motivo para preocupação. Existem muitos outros números de telefones na lista, e aparentemente não há limite para o volume de mensagens que você pode, com a ajuda de algumas teclas diminutas, comprimir naquele pequeno objeto que se encaixa tão bem em sua mão. [...] A realização mais importante da proximidade virtual parece ser a separação entre comunicação e relacionamento. Diferentemente da antiquada proximidade topográfica, ela não exige laços estabelecidos de antemão nem resulta necessariamente em seu estabelecimento. “Estar conectado” é menos custoso do que “estar engajado” – mas também consideravelmente menos produtivo em termos da construção e manutenção de vínculos. (BAUMAN, 2004, p. 37-39)

Tal fluidez se manifesta inclusive nas mais corriqueiras situações fáticas da vida: torna-se cada vez mais escassa a contemplação do próprio espaço natural no qual se vive (BAUMAN, 2004, p. 39). Não porque não haja um interesse intrínseco do indivíduo nesse particular, mas pelo fato que a mera possibilidade da observação é desestimulada, ainda que inconscientemente, pela onipresente pressa, e por isso mesmo sequer chega a lhe ocorrer. Explica-se. O sujeito pode fazer por anos a fio o mesmo trajeto de casa para o trabalho, em seu automóvel, mas a velocidade – metafórica e literalmente falando – a qual está compelido pela exigência dos padrões sociais, faz com que perca a “visão periférica”, tal como um animal de

---

<sup>58</sup> Refere-se aqui àquelas pessoas que se valem de um suposto anonimato do ambiente virtual para perpetrarem os mais variados crimes, como disseminação de ódio a determinado estrato social, injúrias pessoais, com a descomunal amplitude que a rede mundial de computadores proporciona.

tração, que ao serem postos tapumes nas laterais de seus olhos, enxerga apenas o que lhe vem pela frente.

Com o ser humano não passa diferente, pois que o açodamento dos tempos que lhe deram para viver não permite que se observe o que está ao seu redor e, em assim sendo, remontando à última exemplificação, pode percorrer o mesmo caminho por toda a vida, todos os dias, que ainda assim os detalhes lhe passarão despercebidos. Portanto, é lícito inferir que há que ir mais devagar, preferencialmente a pé, pois de outra forma fica, senão impossível, ao menos bastante difícil de se captar a essência das coisas; na analogia em apreço, o espaço no qual se está inserido, e que cujo espírito se aplica analogicamente às mais variadas situações fáticas.

### 2.3.2 O mal global

O mal em sociedades contemporâneas é havido como algo fugaz, sendo mesmo atual, mas não necessariamente novo, vez que coexiste com o ser humano desde sempre (BAUMAN; DONSKIS, 2016), quase como uma decorrência natural da própria natureza humana. O que muda é a maneira como o mal se manifesta nas sociedades hodiernas, líquidas, bem distinta da perspectiva nas cognominadas sólidas, nas quais as relações sociais eram mais duradouras.

No mundo moderno líquido, o mal tornou-se mais capilarizado, embora menos perceptível, por mais paradoxal que isso possa parecer, vez que não há mais uma exclusividade dos meios de coerção “legítimos” (BAUMAN; DONSKIS, 2016), como ocorria na “modernidade sólida”, na qual esse monopólio pertencia ao Estado, e este, sob a justificativa de fazer prevalecer o interesse público, que em última instância seria o fim maior a ser buscado, valia-se costumeiramente de meios demasiado cruéis e, logo, maléficis.

Para exemplificar a perversidade na utilização “legítima” da violência pelo Estado, recorre-se à obra *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law 1870-1960* (“O gentil civilizador das nações: a ascensão e declínio do Direito Internacional, de 1870 a 1960”), de Martti Koskenniemi, de 2001, quando da invasão norte-americana na República Dominicana, em abril de 1965, que ficou conhecida como operação *Power Pack*, contando com a intervenção de tropas brasileiras, hondurenhas, paraguaias, costarriquenhas e salvadorenhas.

O propósito revelado para a deflagração da operação – um atentado contra a soberania do Estado dominicano – foi “salvar” a República Dominicana de um suposto golpe militar cometido por Juan Bosch e, portanto, restabelecer a paz e a ordem naquele Estado (KOSKENNIEMI, 2001). No entanto, deve-se advertir que Bosch havia sido eleito

democraticamente cerca de sete meses antes e, nesse lapso temporal perdeu o cargo em razão de um golpe militar orquestrado por Elías Wessin. Após isso, rebeldes “retomaram” o poder pela via revolucionária, devolvendo-o a Bosch. Esse o propósito revelado.

Mas o restabelecimento da paz era mera “cortina de fumaça” para tentar ocultar a real intenção dos EUA. É preciso saber que o eleito Juan Bosch possuía tendências esquerdistas, inclusive com distribuições de terras, o que o aproximava do ideário comunista, e os ianques necessitavam sufocar quaisquer regimes desse jaez (KOSKENNIEMI, 2001). A intervenção possuía a real intenção de destituir do poder líderes com tal perfil. E assim foi feito. Em meados de 1966 houve uma eleição em que o candidato direitista apoiado pelos EUA – Joaquín Belaguer – “venceu” Juan Bosch. A democracia estava então “reabilitada”.

Por óbvio que se está sendo irônico, vez que houve apenas simulacro de democracia, dado que os EUA deliberadamente manipularam a situação para retirarem do poder pessoa com ideias comunistas para conduzirem ao cargo pessoa que “rezaria segundo a cartilha ianque”. Não é necessário ter muitas luzes para perceber que caso Bosch não possuísse o perfil descrito, os EUA jamais se dariam ao trabalho.

Experiências muito similares à da República Dominicana, vale dizer, intervenção política dos “civilizadores” ianques, ocorreram em diversos pontos da América Latina, como Brasil, Chile, Uruguai e Argentina, dado o contexto das décadas de 1960 e 1970, pois era o tempo da Guerra Fria, e todos e quaisquer pendores socialistas deveriam ser violentamente corrigidos – leia-se sufocados violentamente – para que se evitasse uma “nova Cuba” no hemisfério ocidental (KOSKENNIEMI, 2001). Corolário lógico disso foram as deposições de governos esquerdistas eleitos democraticamente e a imposição de regimes ditatoriais apoiados pelos Estados Unidos, com o fito de garantir a “civilização” etnocêntrica.

Em que pese o respeito que se deve aos posicionamentos contrários, o exame do pesquisador é que seria uma agressão à inteligência querer fazer crer que os EUA realmente se preocuparam com o bem-estar do povo dominicano. É difícil encontrar meio mais ardiloso e cruel que o utilizado para justificar esse “mal”.

A fugacidade do mal, que vem bem ao encontro da liquidez caracterizadora da doutrina de Bauman e Donskis (2016, p. 18), exterioriza-se na medida em que é rapidamente substituído por outra “espécie” de mal mais apropriado à satisfação dos interesses reinantes em dado contexto de tempo e espaço.

Dessa maneira, o mal hodiernamente oculta-se no próprio social (BAUMAN; DONSKIS, 2016, p. 21), com fortes traços de pretensões totalizantes, ou, em outros termos, parece desconhecer fronteiras, manifestando-se indistintamente em todas as partes do globo,

onde quer que habite a espécie humana. Urge, portanto, a adoção de novel paradigma, sem o qual essa “forma” de mal tende também a se tornar atemporal.

Assim é porque está presente nas relações mais corriqueiras, sobretudo na materialização da insensibilidade às vicissitudes decorrentes das naturais contingências às quais está o ser humano submetido, muitas vezes por questões que escapam à sua vontade. À guisa exemplificativa pode-se citar as crises humanitárias (FERRAJOLI, 2015), já aludidas, quando as pessoas se veem forçadas a abandonarem seus torrões natais em razão das degradantes condições de sobrevivência.

Sistematizando, pode-se identificar alguns elementos como caracterizadores do mal líquido, consoante Bauman e Donskis (2016) a saber:

a) um liberalismo que em nome de uma suposta evolução, especialmente tecnológica e econômica, promove um processo de não intervenção que beira a falta de regulamentação, assim como fomenta a internalização dos lucros e a socialização dos prejuízos, promovendo, conseqüentemente, uma privatização de áreas que deveriam ser sobremaneira coletivas, sociais;

b) um sentimento, ainda que latente, que as pessoas devem guardar entre si condutas beligerantes, de constante peleja, ao invés de uma agregação pautada pela assistência recíproca;

c) o definhamento da capacidade de coesão dos seres humanos, em razão da marcha ascendente do individualismo, por mais que este se dê de maneira despsicologizada, fazendo com que o indivíduo gravite para a órbita do mal de forma acrítica;

d) uma descomunal dificuldade de percepção das manifestações individualistas, e talvez por isso mesmo uma igual dificuldade em se defender das investidas de cunho egoístico;

e) uma imprevisibilidade dos acontecimentos do mundo social, ante a sua grande fluidez.

Em assim sendo, o mal se torna corriqueiro, comum e, logo, aceitável, e por isso mesmo muito mais nefasto, ao ocasionar uma inversão da ordem natural das coisas (BAUMAN; DONSKIS, 2016), vez que ao se relegar a prática do bem à secundariedade, pavimenta-se o caminho para a compreensão deste como algo excepcional, ao dotar o mal do caráter de normalidade. A consequência disso é a desagregação da coesão social, justamente no exato instante em que essa união se faz mais necessária, pois que urge a mudança de paradigma.

Ademais, a partir do momento em que essa perspectiva do mal como algo tolerável, porquanto “normal”, os seres humanos parecem assimilá-lo acriticamente, sob o influxo de uma despsicologização que beira a alienação (BAUMAN; DONSKIS, 2016). Há, pois, um

fatalismo, que retira do ser humano o protagonismo, contrariando a própria essência do social, realidade cultural que é, demandando “construção”, não sendo realidade já “dada”, fazendo com que o mundo não tenha mesmo alternativas.

Nessa toada de fluidez do mal, salta evidente aos olhos até da criatura menos perspicaz a aproximação do pensamento teoria de Bauman com o de Hannah Arendt; não em sua integralidade, mas com base no recorte epistemológico da obra “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal” (ARENDR, 2013).

Para Arendt (2013), tem-se que o mal não necessariamente é praticado por celerados, mas por pessoas “monstruosamente normais”, como Adolf Eichmann, oficial nazista, um burocrata que, obedecendo fielmente às ordens de seus superiores hierárquicos, praticava o mal “sem pensar”, de maneira alienada, ou seja, sua monstruosidade revestia-se de um caráter absolutamente normal – ao menos dentro da perspectiva de Eichmann –, daí a cunhagem de clássica expressão “banalidade do mal”.

Esse relato de Arendt (2013) lhe rendeu muitas críticas de segmentos judeus, sob a alegativa que ela estaria a justificar os horrores praticados por Adolf Eichmann. Não prosperam as acusações. Arendt não promoveu qualquer justificativa ou defesa dos crimes praticados pelo referido oficial nazista; apenas quis desmistificar o fato que povoa(va) o imaginário popular segundo o qual barbaridades somente poderiam ser praticadas por pessoas satânicas, e Eichmann seria o exemplo acabado que essa percepção era equivocada: o mesmo era monstruosamente normal. Veja-se:

Quanto aos motivos baixos, ele tinha certeza absoluta de que, no fundo de seu coração, não era aquilo que chamava de *innerer Schweinehund*, um bastardo imundo; e quanto à sua consciência, ele se lembrava perfeitamente de que só ficava com a consciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam — embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais meticuloso cuidado. Isso era mesmo difícil de engolir. Meia dúzia de psiquiatras haviam atestado a sua “normalidade” — “pelo menos, mais normal do que eu fiquei depois de examiná-lo”, teria exclamado um deles, enquanto outros consideraram seu perfil psicológico, sua atitude quanto a esposa e filhos, mãe e pai, irmãos, irmãs e amigos, “não apenas normal, mas inteiramente desejável” — e, por último, o sacerdote que o visitou regularmente na prisão depois que a Suprema Corte terminou de ouvir seu apelo tranqüilizou a todos declarando que Eichmann era “um homem de idéias muito positivas”. Por trás da comédia dos peritos da alma estava o duro fato de que não se tratava, evidentemente, de um caso de sanidade moral e muito menos de sanidade legal. (Recentemente, o sr. Hausner revelou no *Saturday Evening Post* coisas que “não pôde revelar no julgamento”, contradizendo assim a informação dada informalmente em Jerusalém. O que ele nos conta agora é que Eichmann havia sido descrito pelos psiquiatras como “um homem obcecado, com um perigoso e insaciável impulso de matar”, “uma personalidade pervertida, sádica”. Nesse caso, seu lugar seria o asilo de alienados.) Pior ainda, seu caso evidentemente não era de um ódio insano aos judeus, de um fanático anti-semitismo ou de doutrinação de um ou outro tipo. “Pessoalmente”, ele não tinha nada contra os judeus; ao contrário, ele tinha “razões pessoais” para não ir contra os judeus. (ARENDR, 2013, p. 19-20)

O acercamento entre Bauman e Arendt inclusive, acaba indo além do mal em si, vez que a noção de liquidez, traço distintivo maior daquele, também se manifesta na temática “natureza humana”, quando Arendt concebe a mutabilidade desta, dada a já tão propalada fluidez.

A aproximação de Arendt, com base na mutabilidade da natureza humana, remonta às obras “Origens do Totalitarismo”, de 1990, e “A Condição Humana”, de 1983 em especial àquela, quando a autora, ao analisar as degradantes condições impostas pelo regime nazista aos judeus nos campos de concentração.

Para os aspirantes do domínio completo e seguro do homem e da história, seu inimigo principal não é o mundo exterior, mas a incerteza que provém do fato que os homens são criativos, que podem produzir algo novo que ninguém previu. Poder completo requer um mundo de reflexos condicionados, de “cidadãos” com grau zero de espontaneidade, pelo que o objetivo final do totalitarismo não é a transformação do mundo exterior ou a transformação revolucionária da sociedade, mas a transformação da natureza humana em si. (ARENDR, 1990, p. 159-160)

Assim, é lícito concluir que a essência do ser humano – o que o caracteriza enquanto tal –, ante as condições externas – e extremas – impostas à pessoa, resta flexibilizada, daí ser líquida, quando confrontada com o mal, igualmente líquido, que é facilmente cambiado por outro tipo de mal, o que melhor aprover às injunções do poder vigente.

### **2.3.3 Indução ao consumo inconsciente**

O ideário de isolamento e acriticidade do sujeito forjado pelo modo de vida na sociedade líquida contemporânea (BAUMAN, 2004) não se dá por acaso. A medida da felicidade a partir de bens materiais voláteis, induzindo as pessoas a valorizarem mais as coisas que seus próprios semelhantes, se manifesta na “venda” da ideia que a pessoa apenas pode realizar-se pessoalmente quando consegue amealhar produtos que a rigor não lhe trazem proveitos minimamente edificantes, mas que se quer fazer crer que lhe são essenciais.

É facilmente constatável essa afirmação quando se observa que por mais que se tente educar os filhos de maneira minimalista, entendida essa forma de vida como o desapego na maior amplitude possível dos supérfluos, seu círculo de convivência, v.g., na escola, lhe impõe a aquisição de um certo aparelho eletrônico que, sem este, a pessoa não se encaixaria naquele contexto social. Consoante Bauman (2004, p. 38), tem-se: “Aos que se mantêm à parte, os celulares permitem permanecer em contato. Aos que permanecem em contato, os celulares permitem manter-se à parte...”

Perceba-se que essa influência externa faz com que a criança, no exemplo suscitado, seja compelida, de maneira acrítica, a adquirir o que ela não precisa para ser feliz, mas que lhe é “vendido” como essencial. Para Bauman (2004, p. 14): “Com a ação por impulso profundamente inculcada na conduta cotidiana pelos poderes supremos do mercado de consumo, seguir um desejo é como caminhar constrangido, de modo desastrado e desconfortável, na direção do compromisso amoroso.”

Então, vai se formando uma sociedade cuja métrica de satisfação é a aquisição de bens materiais (consumismo), e de maneira despsicologizada. O ser humano, pois, gravita para a órbita desse padrão de forma arrebatadora; em caso contrário acaba por ser alijado do convívio social. Trata-se de uma indução ao consumo.

Essa denúncia também se pode observar em Galeano (2005, p. 78), quando traz que os conquistadores “despejaram” todas as quinquilharias produzidas por eles nos colonizados, sem qualquer adequação com a realidade local, vendendo a ideia que as pessoas precisariam desses produtos, o que não era, por óbvio, verdade. Nesse sentido:

Em troca de algumas vantagens para seus vinhos no mercado inglês, Portugal abria seu próprio mercado, e o de suas colônias, às manufaturas britânicas. Em virtude do desnível de desenvolvimento industrial já então existente, a medida implicava uma condenação às manufaturas locais. Não era com vinho que se pagavam os tecidos ingleses, mas com o ouro do Brasil, e neste processo ficariam paráliticos os teares portugueses. [...] Nada ficou, no solo brasileiro, do impulso dinâmico do ouro, salvo os templos e as obras de arte. Em fins do século XVIII, embora ainda não se tivessem esgotado os diamantes, o país estava prostrado. (GALEANO, 2005, p. 78-79)

Mas essa “coesão social” a partir do consumismo oculta sua verdadeira face: o pretexto é unir, mas, no entanto, acaba por tornar o ser humano cada vez mais solitário, porque convém ao padrão de consumo estabelecido o isolamento. Explica-se. O consumidor ideal é o solitário, o isolado (BAUMAN, 2004), pois que essa pessoa tende a ser imprevidente, já que pauta sua vida sem pensar no amanhã, e com isso não há que poupar para sua família, e com isso não “faz cerimônia” ao comprar, cedendo facilmente aos seus impulsos de consumo.

O sujeito com família, ou seja, aquele que ao menos em tese não é solitário, tende a se acautelar mais para o futuro, e isso não é interessante para o consumismo (BAUMAN, 2004). Esse acautelamento decorre de seu maior pensar, não apenas em bens materiais – e aqui não se quer fazer crer que o ser humano não necessite destes; necessita, mas devem ser enxergados como meros instrumentos a serem utilizados a serviço de propósitos edificantes, e não de futilidades –, mas principalmente em aspectos imateriais impossíveis de serem aquilatados em pecúnia, como a convivência com os seus familiares.

Conclui-se, com esteio em Bauman (2004), que é lícito exemplificar que quando um indivíduo tenciona adquirir um veículo novo quando o seu ainda satisfaz muito bem as



necessidades. No entanto, será “mal visto” por seus pares caso não tenha um “carro do ano”. Então compra mesmo sem precisar. Nesse sentido, veja-se:

Consideradas defeituosas ou não “plenamente satisfatórias”, as mercadorias podem ser trocadas por outras, as quais se espera que agradem mais, mesmo que não haja um serviço de atendimento ao cliente e que a transação não inclua a garantia de devolução do dinheiro. Mas, ainda que cumpram o que delas se espera, não se imagina que permaneçam em uso por muito tempo. Afinal automóveis, computadores ou telefones celulares perfeitamente usáveis, em bom estado e em condições de funcionamento satisfatórias são considerados, sem remorso, como um monte de lixo no instante em que “novas e aperfeiçoadas versões” aparecem nas lojas e se tornam o assunto do momento. Alguma razão para que as parcerias sejam consideradas uma exceção à regra? (BAUMAN, 2004, p. 14)

Entretanto, essa pessoa não compra o automóvel com dinheiro: compra com a sua própria vida! Compra com a vida porque em maior ou menor proporção, o tempo que necessitará trabalhar a mais fará com que seja subtraído do convívio com esposa, filhos etc. E isso por um período de tempo não raro considerável. Mas o indivíduo nem se dá conta disso.

Imagine-se, à guisa de exemplo, que uma pessoa se obrigue com o sistema bancário com o pagamento de financiamento de veículo por sessenta meses (cinco anos!). Por óbvio que esse período de tempo escolhido pelo pesquisador possui propósitos meramente didáticos, explicativos. Falta análise do indivíduo para a aquisição de tal bem de consumo.

É acrítico e, portanto, alienado por excelência (BAUMAN, 2004, p. 16). Por pelo menos esses cinco anos se fará menos presente em família. Diz-se cinco anos, mas na realidade tende a ser bem mais, vez que a liquidez da sociedade contemporânea faz com que ao cabo desses cinco anos o veículo já esteja “inservível” (BAUMAN, 2004, p. 14) aos olhos desta mesma sociedade, quando então a releitura do escravo se vê compelida a repetir a operação: compra outro carro, mais cinco anos “refém” do sistema bancário... Trata-se de realidade circular, viciada. Consoante Bauman (2004):

O que caracteriza o consumismo não é acumular bens (quem o faz deve também estar preparado para suportar malas pesadas e casas atulhadas), mas usá-los e descartá-los em seguida a fim de abrir espaço para outros bens e usos. A vida consumista favorece a leveza e a velocidade. E também a novidade e a variedade que elas promovem e facilitam. É a rotatividade, não o volume de compras, que mede o sucesso na vida do *homo consumens*. Em geral, a capacidade de utilização de um bem sobrevive à sua utilidade para o consumidor. Mas, usada repetidamente, a mercadoria adquirida impede a busca por variedade, e a cada uso a aparência de novidade vai se desvanecendo e se apagando. Pobres daqueles que, em razão da **escassez de recursos** (grifo nosso), são condenados a continuar usando bens contêm a promessa de sensações novas e inéditas. Pobres daqueles que, pela mesma razão, permanecem presos a um único bem em vez de flunar entre um sortimento amplo e aparentemente inesgotável. Tais pessoas são os excluídos na sociedade de consumo, os consumidores falhos, os inadequados e os incompetentes, os fracassados – famintos definhando em meio à opulência do banquete consumista. (BAUMAN, 2004, p. 32)

Mas em uma sociedade moldada por essa forma de encarar a vida, como fica a situação desses aludidos pobres? Com esteio em Bauman (2000), tem-se que o pobre, ou seja, aquele

que experimenta os dissabores das privações materiais, por conta disso mesmo, por não satisfazer aos padrões consumistas, torna-se um excluído da “normalidade” imposta pela sociedade, não podendo por isso ser feliz.

Por esse padrão difundido ser assimilado como verdade, o fato de a pessoa não se encaixar nas exigências faz com que surja uma frustração, um sentimento negativo que repercute de maneira tão negativa que pode trazer a consequência extrema de dar fim à própria vida (BAUMAN, 2000).

O suicídio, consoante se depreende de Durkheim (2003), atesta a falência da sociedade em agregar os seus integrantes, e o sentimento de impotência para preencher os requisitos norteados pela batuta do consumismo podem ser vetores determinantes para este ato que irreversivelmente desintegra a sua personalidade se verifique. Essas acabam sendo algumas das nefastas consequências oriundas da adoção do paradigma econômico a informar o Direito, em suas articulações com o pensamento de Bauman (2004).

De tudo o que se falou nesse tópico, infere-se que o ordenamento como salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, em especial os de segunda dimensão<sup>59</sup> é havido como o maior entrave ao progresso econômico (ROSA, 2012), dado o “alto custo” que demandam, vez que importam necessariamente em atos comissivos, inclusive financeiros, por parte do Estado, para que se efetivem.

Isso acaba por tornar o Estado “ineficiente” (POSNER, 2013), porquanto “não competitivo” no mercado internacional, vez que os custos sociais agregados, por exemplo, para fazer frente a direitos trabalhistas, onerariam demasiado o custo final de determinado produto ou serviço.

Em assim sendo, para evitar tal “lástima”, a lógica mercadológica a informar – e absorver integralmente – o Direito, impõe a “flexibilização” – que é apenas um vocábulo gentil para a real aniquilação de direitos – dos direitos trabalhistas, vez que o importante é a manutenção do mercado saudável, e não os bens primários do ser humano. Observe-se a lição de Rosa:

Em nome da liberdade, pode-se negociar tudo! Ao invés de o Estado estipular limites desde uma perspectiva pública, a AED acolhe a mediação formal do Mercado e suas autorregras cambiantes, desprezando a “esfera do indecível” e os Direitos Fundamentais. O paroxismo desta liberdade de contratar se deixa ver quando transforma os próprios sujeitos em mercadorias e gera, no seu cúmulo, um grande “Shopping Humano”, onde tudo é comprável, vendável e permutável. É a tradução do discurso único no campo do Direito. O sintoma disto pode ser visto quando se defende a venda de órgãos humanos, de crianças no caso de adoção, a liberação da droga, enfim, uma série de pontos cujo único critério é o econômico e os seres humanos

---

<sup>59</sup> Os direitos fundamentais de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais, como saúde, trabalho e educação, por exemplo, exigem, para a sua plena implementação, de prestações positivas do Estado, tanto do ponto de vista de aporte financeiro quanto da adoção de políticas públicas e legislativas.

rebaixados à condição de simples mercadorias. A própria honra e a dignidade são cotadas nas diversas indenizações de danos (ditos) morais... (ROSA, 2012, p. 140-141)

Dessa maneira, as relações entre Direito e Economia como ramos do saber dotados de autonomia, a despeito dos pontos de contato existentes, restam seriamente comprometidas, dada a conversão do Direito, feita pela AED, a ferramental econômico, subvertendo a natureza deste, tornando-a um complexo de análises privatísticas acerca da melhor alocação de recursos, no intuito de maximizar a riqueza, subvertendo mesmo a hierarquia das fontes jurídicas em Estados legalistas como o Brasil, passando as convenções particulares – informadas pela lógica de mercado – a se sobreponem à lei.

Em última análise, assume o Direito o rele papel de meio para a consecução daquele que passa a ser o escopo-mor da vida em sociedade: o progresso econômico, relegando à secundariedade a própria diversidade social, isso para não falar do prejuízo que traz para a soberania estatal, pois sob a batuta dos ditames econômicos as fronteiras passam a ser tão porosas que o Estado se vê impotente em regular suas políticas sociais que o Direito não mais estará a serviço da virtude, mas da pecúnia.

Por essa razão defende-se aqui que a lógica trazida pela AED como proposta metodológica hermenêutica idônea a reduzir subjetivismos possui incoerência, pois, reitere-se, apenas substitui uma dada ideologia pela ideologia de mercado, a informar a confecção das normas, e “orientar” a aplicação, ou interpretação (POSNER, 2011), especialmente no âmbito judicial.



### **3 O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS EFEITOS: ASPECTOS NEGATIVOS E CIRCUNSTÂNCIA(S) DE TOLERÂNCIA OU MESMO DESEJABILIDADE DA POSTURA JUDICANTE PRÓ-ATIVA**

**3.1 EM QUE CONSISTE O ATIVISMO JUDICIAL? 3.2 O PODER JUDICIÁRIO UTILIZADO COMO ÁLEA: CONECTÁRIO LÓGICO DA FALTA DE PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. 3.2.1 O aumento do volume de processos correlatos aos assuntos decididos inadequadamente e o robustecimento da morosidade na prestação jurisdicional como potenciais consequências do ativismo judicial. 3.2.2 A lição da obra “Medida por Medida”, de William Shakespeare. 3.3 A JUSTIFICATIVA(?) DA MAIOR INCISIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: EXAME BASEADO NA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES 3.4 HÁ ANTINOMIA ENTRE A APLICAÇÃO DO DIREITO INSPIRADO EM VALORES E UM ORDENAMENTO BASEADO NO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA?**

Este capítulo se propõe inicialmente a descortinar as perspectivas daquilo que se convencionou chamar ativismo judicial, a partir de seus antecedentes históricos, e trazer possível(is) razão(ões) que consiga(m) explicar a hipertrofia do Judiciário perante as outras funções estatais. Para tanto, serão exploradas as nem sempre claras distinções entre ativismo judicial e judicialização da política.

#### **3.1 EM QUE CONSISTE O ATIVISMO JUDICIAL?**

De início, incumbe delimitar o(s) sentido(s) da expressão ativismo judicial para os efeitos desse trabalho, pois não conta com significação unívoca. Pode exprimir interferência necessária do Poder Judiciário no Executivo e no Legislativo, em caso ilicitude nas condutas comissivas ou omissivas destes (STRECK, 2013a).

Também pode traduzir intrusão, pelo Judiciário, em assuntos de competência dos outros referidos poderes ou quando julga-se ao arrepio das normas jurídicas, levando em conta, se não apenas, mas em grande parte, sua “visão de mundo” (STRECK, 2013a). Em geral, quando se fala em ativismo, é a essa última conotação pejorativa a que se está aludindo. Incumbe então trazer que também há outra forma de perceber o fenômeno.

Tem-se, pois, duas acepções sobre o tema: a primeira, legítima; e a segunda, que se deve evitar, porquanto compromete o preceito constitucional da independência e harmonia entre

os poderes. Nesse sentido é o artigo 2º da Carta Magna brasileira de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”<sup>60</sup>

Para exemplificar o que seria interferência lícita no Poder Executivo pelo Poder Judiciário, pode-se recorrer ao caso de um gestor municipal destinar recurso de aplicação vinculada a determinado setor, v.g., à saúde, a outro, como segurança pública. Trata-se de desvio de finalidade<sup>61</sup>. A interferência do Judiciário nessa situação é não só razoável, mas imperativa, vez que a conduta do prefeito foi eivada de ilegalidade (conferir finalidade diversa a recurso por lei definido como de aplicação vinculada).

Não prospera a alegação de independência entre os poderes, em razão de inexistirem direitos absolutos (CANOTILHO, 2003), e mesmo as funções estatais se submetem ao sistema de freios e contrapesos, e por isso mesmo, são alvo de controle externo. Concretamente no exemplo que se traz, não há falar-se em oportunidade e conveniência administrativas, vez que se está diante de conduta vinculada (CADEMARTORI, 2007).

O mesmo raciocínio vale também para as interferências no Legislativo, por óbvio, observadas as particularidades deste. É a situação, por exemplo, de norma constitucional de eficácia limitada (SILVA, 2019), que para efetivar-se necessita de normatividade ulterior, ou seja, precisa que o Legislativo “legisle”, e este mantém-se inerte. Observe-se esse tipo de norma no seguinte excerto constitucional: “Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.”<sup>62</sup>

Veja-se que a Constituição intenta conferir direitos a essas pessoas carentes, mas para que isso ocorra, imperativo é que haja lei, que até o ano de 2019 ainda não foi feita. Aqui se justifica, segundo o juízo do pesquisador, a interferência, para compelir o Legislativo a legislar, evidentemente, desde que provocado, em razão do princípio da inércia judicial<sup>63</sup>.

De outro lado, a postura equivocada, ilegal, segundo concebe o pesquisador desta tese, de intrusão do Judiciário, pode ser exemplificada quando se está diante da alocação de recursos

<sup>60</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.)

<sup>61</sup> Lei nº 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa): “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.” (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.)

<sup>62</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.)

<sup>63</sup> Consoante a lei nº 13.105/2015: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.)

oriundos da modalidade tributária imposto que, como cediço, é de aplicação desvinculada, ou seja, inexistente “destinação certa”. Essa lição decorre do artigo 16 do Código Tributário Nacional (lei nº 5.172/66): “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”<sup>64</sup>

Esse é o caso do imposto sobre a propriedade de veículos automotores – o IPVA –, que por mais que incida sobre veículos, não tem sua aplicação vinculada a ações de trânsito e transporte, podendo os recursos auferidos serem aplicados onde quer que a oportunidade e conveniência do mérito administrativo (CADEMARTORI, 2007), juízo exclusivo do administrador público, assim o determinar. Caso o Judiciário intervenha para compelir o gestor a direcionar este recurso para esta ou aquela finalidade, age de maneira ilegal.

O mesmo raciocínio vale para as medidas provisórias que, consoante o texto constitucional, preceitua em seu artigo 62: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”<sup>65</sup> Embora a Constituição fale do presidente da república, a regra se aplica igualmente por simetria aos chefes dos Executivos estadual e municipal (CADEMARTORI, 2007).

Dessa maneira, quem decide o que é relevante e urgente é o chefe do Executivo (presidente, governador, prefeito). Descabe ao Judiciário aferir esse mérito. O que não significa dizer que tais atos passam absolutamente ao largo da apreciação judicial: mas essa apenas deve se fazer presente na análise de aspectos de forma, extrínsecos, e não de fundo. Nesse sentido é o informativo nº 894 do Supremo Tribunal Federal – STF –, a saber:

De início, quanto à alegada ofensa aos requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias (CF, art. 62), o Tribunal reafirmou jurisprudência consolidada da Corte no sentido de não caber ao Poder Judiciário verificá-los, pois configuram conceitos jurídicos indeterminados que estão situados dentro da discricionariedade política do Poder Executivo para edição de tais atos normativos e do Congresso Nacional para conversão ou não em lei. Apenas em caráter excepcional é possível o controle jurisdicional destes requisitos, quando existir abuso de poder ou a ausência destes pressupostos for evidente. No entanto, essas hipóteses não estão presentes no caso, uma vez que a matéria tratada possui evidente relevância e havia considerável urgência na edição da Medida, por meio da qual se buscou reduzir os inúmeros casos de fraude envolvendo saques de valores depositados nas contas de FGTS dos trabalhadores brasileiros<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional): (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)). Acesso em 09 out. 2019.

<sup>65</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)). Acesso em 09 out. 2019.)

<sup>66</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo894.htm>. Acesso em 09 out. 2019.

Para principiar as ponderações, assenta-se dessa forma o que se há de entender por ativismo judicial, para que se evitem impropriedades de ordem epistemológica. Entretanto, há de se advertir, desde logo, que não se podem tomar como designativas da mesma realidade as expressões ativismo judicial e judicialização da política, embora haja uma relutância, consciente ou inconsciente, quanto a esta compreensão. Essa resistência, porém, não se sustenta. Explica-se.

A judicialização da política é, segundo Leite:

[...] um processo social no qual área de atuação dos tribunais é ampliada pelo poder constituinte ou parlamentar, de modo que a vida política, social e econômica é “juridicizada”, ou seja, é sujeita à ação judicial. A judicialização não é escolhida, nem promovida pelo juiz, mas é produto da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais. (LEITE, 2011, p. 179)

Na mesma linha é o posicionamento de Streck (2017), indo além e promovendo a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial:

Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado” e, por outro lado, a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional.) (STRECK, 2017, p. 589)

Consoante Tassinari (2012):

Isto posto, a judicialização da política mostra-se como um fenômeno contingencial e inexorável, ao passo que o ativismo judicial consolida-se como uma postura, um comportamento de juizes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação. (TASSINARI, 2012, p. 128)

Por fim, é o posicionamento de Oliveira (2012):

A judicialização ocorre por fatores que não guardam relação direta com a ação do Poder Judiciário. São fatores contingentes, que se apresentam em razão da adoção de uma determinada política legislativa ou administrativa. Já o ativismo judicial decorre diretamente de um ato de vontade do Poder Judiciário. Como afirma Antonie Garapon, trata-se de um fenômeno que tem origem no desejo do julgador de operar algum tipo de mudança ou conservação de determinadas posições sociais<sup>67</sup>. (OLIVEIRA, 2012)

O problema, segundo o pesquisador desta tese, não é a judicialização da política, mas o ativismo judicial. Esse sim é o grande óbice! E é o problema porque vincula-se à postura do julgador, ao seu comportamento, de imiscuir-se indevidamente em áreas de competência alheia ou quando decide de maneira a “olvidar-se” que deve obediência às normas jurídicas, e não aos seus pendores.

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-06/diario-classe-ficha-limpa-intensificou-judicializacao-politica>>. Acesso em 09 out. 2019.



Passada a parte de prolegômenos sobre o tema ativismo judicial, e a necessária diferenciação com a judicialização da política, adentra-se neste instante em seus antecedentes possibilitadores, ou seja, em que contexto nasceu e se desenvolveu, ao menos no que diz respeito ao Direito ocidental.

Embora a chamada *judicial review*, ou seja, a possibilidade do Poder Judiciário rever assuntos já decididos pelo Legislativo ou pelo Executivo classicamente remonte ao emblemático caso *Marbury vs. Madison*<sup>68</sup>, da decisão do juiz John Marshall, em 1803, há de se atribuir a paternidade da expressão “ativismo judicial” a Arthur Schlesinger Meier Jr. (cf. SCHLESINGER, 1947).

Tratava-se da análise sobre como a Suprema Corte dos EUA deveria se portar (SCHLESINGER, 1947), ou seja, examinando se a ela era lícito atuar ativamente na efetivação de políticas públicas, visando atingir o “Estado do Bem-Estar”, ou o *Welfare State*, o que faria com que as decisões viessem carregadas de viés político para além do jurídico. A isso se cognominou “ativismo judicial” (SCHLESINGER, 1947). Ou, de outra forma, se o proceder a ser adotado deveria ser o de uma autorrestrrição, deixando o ato político em si para o Legislativo e para o Executivo.

Ademais, ainda adverte Schwartz que as raízes são ainda mais profundas, consoante se observa no excerto que segue:

En 1460, el Duque de York, propuso acción requiriendo que se fuera declarado el legítimo heredero del trono. En este caso, los jueces declinaron la posibilidad de analizar el caso, afirmando que no se manifestarían sobre asuntos afectos a las actividades de los lordes del Rey. La primera vez que fue explicada, lo fue por el juez Marshall en caso *Marbury vs. Madison*<sup>69</sup>. (SCHWARTZ, 1966, p. 576-577)

Entretanto, deve-se reconhecer que nem sempre é tarefa das mais fáceis delimitar o alcance da expressão “questões políticas”, que a rigor deveriam quedar fora da apreciação judicial, até para não comprometer a independência funcional do Poderes constituídos (SCHWARTZ, 1966). Esse recorte epistemológico, de cunho nitidamente hermenêutico, é importante obstáculo a ser superado no combate ao ativismo jurídico.

---

<sup>68</sup> Em apertada síntese, em 1803, o juiz Marshall, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em caso que envolvia a nomeação de agentes públicos pelo Presidente anterior questionada pelo atual mandatário, proferiu decisão, em sede de mandado de segurança, segundo a qual afirmava a independência dos Poderes em relação ao Judiciário, mas asseverando caber a este o controle acerca da conformidade das normas jurídicas à Constituição, inaugurando ali o hoje cognominado controle difuso de constitucionalidade, que, aliás, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro na primeira Constituição da era republicana, a saber, a de 1891, dada a influência de Rui Barbosa, entusiasta que era do Direito norte-americano.

<sup>69</sup> “Em 1460, o Duque de York, propôs ação requerendo que fosse declarado o legítimo herdeiro do trono. Neste caso, os juízes declinaram da possibilidade de análise do caso, afirmando que não se manifestariam sobre assuntos afeitos às atividades dos lordes do Rei. A primeira vez em que foi explanada, o foi pelo juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*.” (SCHWARTZ, 1966, tradução nossa)

Perceba-se, portanto, que em sua gênese (SCHLESINGER, 1947), o ativismo judicial assume a feição de uma interferência legítima, para revisão de questões de forma, e não de fundo, ou seja, a esfera de competência típica do Parlamento ou do Executivo permanecia reduto inexpugnável. O que aqui se critica é a postura inversa que foi pavimentada posteriormente: o “mau ativismo”, ou ativismo indesejado.

Ou seja, inicialmente o ativismo judicial era justificado como uma maneira de evitar o retrocesso, impondo aos poderes públicos agirem ou se omitirem (SCHLESINGER, 1947); após, a postura foi se agigantando, assumindo contornos bem mais invasivos, a ponto de se questionar se a intromissão do Judiciário nas outras funções estatais era desejável ou não, vez que passou a ameaçar seriamente a independência entre estas, sob a justificação de controle externo.

Tomando por base exemplos brasileiros, propõe-se a análise casuística, à guisa de demonstração da intromissão indevida do Judiciário nas demais funções, em especial a Legislativa. O primeiro deles diz respeito à atuação do STF como se legislador fosse, no disciplinamento do uso de algemas, inclusive com a edição de súmula vinculante, a de número 11, que segue. Observe-se.

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado<sup>70</sup>.

Como precedentes para essa tomada de decisão tem-se:

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos — a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País — repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.

[**HC 91.952**, voto do rel. min. **Marco Aurélio**, P, j. 7-8-2008, *DJE* 241 de 19-12-2008.]

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,

<sup>70</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em 09 out. 2019.

contra terceiros ou contra si mesmo<sup>71</sup>.  
[HC 89.429, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T, j. 22-8-2006, DJ de 2-2-2007.]

Observe-se que o julgamento paradigmático que embasou a edição da súmula vinculante estribou-se na dignidade da pessoa humana, a ponto de anular o julgamento de um homicida pelo tribunal do júri, contrariando a própria soberania dos veredictos desta instituição, garantida constitucionalmente.

A impropriedade da edição da súmula vinculante nº 11, segundo o juízo do pesquisador, dá-se não apenas pelo desrespeito aos requisitos exigidos pelo § 1º do artigo 103-A, da Carta Magna, que simplesmente inexistiram:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.  
§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica<sup>72</sup>.

Dá-se também porque a lei nº 11.689/2008, que trouxe restrições ao uso de algemas, ao inserir o parágrafo 3º e o inciso “I” nos artigos 474 e 478 do Código de Processo Penal<sup>73</sup>, e que fatalmente poderiam materialmente servir de esteio à súmula – isso já sendo bastante benevolente com o Pretório Excelso, vez que relativizando demasiado o não preenchimento dos requisitos constitucionais – ainda não estava em vigor.

A lei entrou em vigor na data de 10 de agosto de 2008, e o julgamento do *habeas corpus* paradigmático ocorreu em 07 de agosto de 2008. Há quem possa levantar-se e dizer: mas faltavam apenas três dias! Poderiam faltar apenas alguns segundos! Atuou como legislador o STF. Postura nitidamente ativista.

É agredir a inteligência de todos tomar o uso de algemas durante o julgamento como a *conditio sine qua non* para a condenação, atribuindo somenos importância ao fato de o

<sup>71</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em 09 out. 2019.

<sup>72</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.

<sup>73</sup> Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.

homicídio possuir três qualificadoras. Afinal, ser um homicídio triplamente qualificado é coisa pouca! Mas algema, não! Fere a dignidade da pessoa humana! Edite-se, pois, súmula vinculante, ao arrepio do direito intertemporal e da Constituição!

Outro exemplo pode ser visto quando do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade – ADIn – nº 3.999, que tratou do julgamento de questionamento feito pelo Partido Social Cristão – PSC –, com o propósito de fulminar pela pecha de inconstitucionalidade as resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, do Tribunal Superior Eleitoral – TSE – que, segundo o autor da ação, violou a reserva legal, ao dotar o próprio órgão judiciário e os Tribunais Regionais Eleitorais – TRE’s – para ditar regras procedimentais que somente o Legislativo poderia fazer, e por meio de lei. O STF, em nítido ativismo judicial, julgou improcedente<sup>74</sup> a ADIn, pugnando pela constitucionalidade das Resoluções.

---

<sup>74</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. (STF - ADI: 3999 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 12/11/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099) (Disponível em: Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em 09 out. 2019. Acesso em 09 out. 2019.)

Nesse diapasão, faz-se forçoso mencionar, retornando à batuta do Direito norte-americano, duas posturas afetas à temática do ativismo judicial, a saber, o interpretativismo e o não-interpretativismo (CANOTILHO, 2003). Em especial em um Estado – como os EUA – no qual a existência da Constituição já passa dos dois séculos (1787), torna-se relevante, do ponto de vista hermenêutico, aferir qual paradigma adotar: se conservador, tentando reconstruir a mente do legislador quando da feitura da norma (interpretativismo), ou se progressista, no sentido de ser lícito ao intérprete continuar a desenvolver aquilo já iniciado pelo legislador (não-interpretativismo). Observe-se o que diz Canotilho:

As correntes interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitos”. Segundo o autor português, o interpretativismo, embora não seja um mero literalismo, fixa dois parâmetros básicos a serem levados em conta na aplicação da constituição: “a textura semântica e a vontade do legislador. (CANOTILHO, 2003, p. 1.179)

A postura interpretativista, assim, parte do pressuposto que seria verdadeira afronta aos legisladores constituintes originários atribuir às normas da Constituição sentido diverso do que o estabelecido por aqueles. Por essa razão, na interpretação da Carta Magna deveriam ser levados em conta os valores que os inspiraram quando de sua feitura, daí ser este um referencial estático, conservador.

E segue Canotilho, agora discorrendo sobre o referencial não interpretativista:

As correntes não-interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra atos de responsabilidade do legislativo em conformidade com o ‘projecto’ da constituição. (CANOTILHO, 2003, p. 1.180)

Dessa forma, o arquétipo não-interpretativista é mais dinâmico, possuindo como essência a ideia que é lícito ao intérprete contribuir para a interpretação da Constituição de acordo com os novos valores, atualizando-a. Esse embate entre os diferentes pontos de vista assume contornos de grande tensão no contexto dos EUA, visto estar-se falando de valores bem distintos, em razão do grande lapso temporal que os separa.

Inobstante, há que se ponderar que a análise unilateral, seja a favor do interpretativismo, seja a favor do não-interpretativismo, afigura-se, segundo o escrevinhador deste trabalho, estribado em Gadamer (2011a), como débil, visto que se não se pode ficar exclusivamente atrelado aos valores que inspiraram o legislador constituinte originário, sob pena permanecer no passado, ao “fechar os olhos” para a evolução, não é menos incorreto migrar totalmente para reduto de dinamicismo total, porque faltaria o mínimo de estabilidade nas relações jurídicas.

Há, pois, que se buscar conjugação harmônica dos dois vieses, pois dessa maneira haveria a compatibilização da estabilidade, ao se preservar, ainda que minimamente as balizas mínimas delineadas na gênese da norma, mas não se olvidando da necessidade adaptadora dessa, em prestígio ao novo contexto, aos novos valores; indeclinável é, assim, a aproximação da “fusão de horizontes”, propalada por Gadamer (2011a).

Feitas essas considerações, incumbe indagar: que possível(is) razão(ões) poderia(m) ser apontada(s) para o protagonismo do Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo, com o conseqüente robustecimento do ativismo judicial?

Com base em Mair (2013), vislumbra-se como possível causa o definhamento dos outros dois Poderes, em razão da crise de representatividade que as democracias ocidentais vêm experimentando desde a década de 1960, e uma vez que o “poder” inadmitte vácuo, o Judiciário assumiu esse papel, hipertrofiou. Não se está sozinho nesse pensamento. Com efeito, Peter Mair, em sua obra *Ruling the Void: The Hollowing-out of Western Democracy*, já denunciava esse quadro: *The age of party democracy has passed. Although the parties themselves remain, they have become so disconnected from the wider society, and pursue a form of competition that is so lacking in meaning, that they no longer seem capable of sustaining democracy in its present form*<sup>75</sup>. (MAIR, 2013, p. 14)

Trata-se, assim de um de um alijamento dos partidos políticos em relação aos partidários, que ao invés de aqueles serem um instrumento para a efetivação dos anseios coletivos destes, foram se convertendo em um fim em si mesmos, ao ponto de serem praticamente indiferentes e, conseqüentemente, dispensáveis para a sociedade.

Dessa maneira, esvaziaram-se, e com isso, a falência do sistema representativo via partidos políticos nas democracias ocidentais, ao ponto de o autor cunhar a expressão *parties without partisans* (MAIR, 2013, p. 31), ou seja, “partidos sem partidários”. É bastante significativa a expressão.

Esse quadro de indiferença dos cidadãos para com os partidos retratado por Mair (2013) contribui para que aqueles pensem a política como algo secundário. Nesse sentido, é emblemático o *case* brasileiro das eleições municipais de 2016, cujo nível de abstenção, votos em branco e nulos, levando em conta o primeiro e o segundo turnos, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral – TSE<sup>76</sup> –, ultrapassou o percentual de 30% (trinta por cento dos eleitores).

<sup>75</sup> “A era da democracia partidária passou. Ainda que os partidos permaneçam, eles se tornaram tão desconectados da sociedade em geral, e estão empenhados em uma forma de competição que é tão carente de significado que já não parecem capazes de ser o suporte da democracia em sua forma presente.” (MAIR, 2013, tradução nossa)

<sup>76</sup> “A Justiça Eleitoral registrou um aumento de aproximadamente 4% nos índices de abstenção do 1º para o 2º turno das Eleições Municipais 2016. No primeiro turno o percentual do eleitorado apto que não compareceu às

Percebe-se sem muito esforço cognitivo, com arrimo em Streck (2011), que nas democracias nas quais as pessoas não se sentem representadas pelos partidos políticos, estes passam a ser vistos como coisas inservíveis e, como conseqüência, os políticos em si. Há um sentimento não de uma democracia representativa, mas sim delegativa, na qual a *accountability* dos “representantes”, se não inexistente é, ao menos, muito próxima disso.

Esse desencanto decorrente da crescente descrença na política convencional faz surgir um outro fenômeno, a saber, a tentativa de pessoas “novas” que querem ingressar na política – ou até mesmo de políticos experimentados –, para angariarem a simpatia dos eleitores, passarem uma imagem de distanciamento do mundo político partidário “profissional”, que não fazem parte da casta dos chamados “políticos tradicionais”.

Como exemplos da exploração desse discurso pode-se citar João Dória<sup>77</sup>, que se elegeu prefeito de São Paulo, em 2016, e governador do Estado de São Paulo em 2018. Marina Silva<sup>78</sup> também se valeu desse expediente – de não querer vincular a imagem à de alguém pertencente à classe política – nas eleições presidenciais de 2018.

E os eleitores, menos preparados que se tornam em razão da falta de engajamento político, fruto da indiferença, tornam-se mais suscetíveis de cair no “canto da sereia” de líderes populistas, ultranacionalistas, em geral de inclinações totalitárias (LEVISTSKY; ZIBLATT, 2018), que se apresentam como “salvadores da pátria”, com discursos rasos, aproveitando-se da vulnerabilidade política, bastante comuns na experiência latino-americana, mas não restrita a essa; basta observar-se os exemplos das eleições presidenciais nos EUA, em 2016, e no Brasil, em 2018.

Esse cenário descrença na representatividade por partidos políticos, assim como da falta de credibilidade destes pode ser explicado pela inviabilização da efetivação na pluralidade de direitos, como corolário lógico do distanciamento dos partidos das pessoas dos partidários;

---

urnas chegou a 17,58%, ou seja, 25.331.035 eleitores abriram mão de votar para prefeitos e vereadores. Já no segundo turno esse percentual chegou a 21,55% com a ausência de 7.109.616 eleitores. [...] A ocorrência de brancos e nulos nas eleições de 2016, considerados os dois turnos do pleito, atingiu 19.343.297 votos, ou seja, 13,18% do total.” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/segundo-turno-das-eleicoes-municipais-2016-registra-aumento-de-abstencoes>>. Acesso em 14 jun. 2019.)

<sup>77</sup> João Dória: “Eu não sou político, não!” O prefeito de São Paulo faz política o tempo todo – e é um dos políticos que mais lucram com o descrédito dos políticos. (ÉPOCA. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/04/joao-doria-eu-nao-sou-politico-nao.html>>. Acesso em 10 out. 2019.)

<sup>78</sup> Marina Silva: “É o momento de dar um basta na velha política – das alianças “toma lá, dá cá” que visam proteger o poder de quem governa – e estabelecer uma aliança genuína com o povo brasileiro, com foco em suas reais prioridades.” (Grifo nosso) Disponível em: <<https://eleicoes.poder360.com.br/media/planos/marina-silva.pdf>>. Acesso em 10 out. 2019.)

as pessoas não mais sentem seus interesses representados (cf. MAIR, 2013). E não sem razão. É notória a falta de identificação dos próprios partidos políticos com valores que os distinguiriam institucionalmente dos outros. Basta-se observar as promíscuas coalizões (MAIR, 2013) por partidos em tese de ideologias diferentes, feitas única e exclusivamente para a consecução de interesses escusos.

Ou seja, não há mais partes, parcialidade essa que constitui a essência do “partido” (MAIR, 2013) e, como cediço, uma vez aniquilada a essência, a natureza de algo, esse já não será o que foi outrora, mas será outra coisa (VOEGELIN, 2007). Vale dizer, tudo é coalizão, tudo é uma coisa só. Não à toa a indiferença das pessoas, pois “tanto faz” um ou outro!

No entanto, ressalte-se que inicialmente a postura de intervenção do Judiciário ante as ilegalidades (comissivas ou omissivas) do Legislativo e do Executivo é legítima; sucede que isso deve se dar de maneira excepcional, e não como regra, sob pena de estabelecer-se um sistema baseado em uma hipertrofia judiciária.

Por fim, a percepção que o pesquisador possui como possível explicação para o fortalecimento do ativismo judicial é esse definhamento das instituições políticas *stricto sensu*, e, como se disse alhures, o poder inadmitte vácuo: “rei morto, rei posto!”, e com a “morte” – ou pelo menos o estado de coma em que se encontram o Legislativo e o Executivo –, pavimentasse solidamente o caminho para a implantação da ditadura do Judiciário.

## 3.2 O PODER JUDICIÁRIO UTILIZADO COMO ÁLEA: CONSECTÁRIO LÓGICO DA FALTA DE PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

### **3.2.1 O aumento do volume de processos correlatos aos assuntos decididos inadequadamente e o robustecimento da morosidade na prestação jurisdicional como potenciais consequências do ativismo judicial**

A ideia a ser abordada neste tópico consiste em analisar algumas das possíveis nefastas consequências oriundas da falta de padrão nas decisões judiciais. Como maneira de tentar aferir a plausibilidade das afirmações feitas recorre-se não à casuística desenfreada, de cunho indutivo, mas sim a razões que não se afiguram como contrárias à lógica, a saber, o fomento à judicialização irresponsável e a inviabilização da duração razoável do processo.

Não se pode conceber o Poder Judiciário como algo reduzido ao desempenho de tão miserável função, qual seja, a de servir como álea, verdadeiro jogo de azar, no qual se aposta exatamente na incerteza decorrente do ativismo judicial para que se vejam prosperar aventuras,



despropósitos judiciais. No entanto, advirta-se que foi ele próprio – o referido Poder – que se pôs nesse plano, em razão da adoção de posturas decisionistas.

E na percepção do pesquisador o fator que mais contribuiu para esse amesquinamento do Judiciário foi a vulgata que se fez no Brasil – especialmente no âmbito do Pretório Excelso, que a todos vincula – da máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy (STRECK, 2013b), que, sob o pretexto de resolver conflito entre princípios, simplesmente invoca a ponderação, assumindo essa o papel de “carta coringa”, sendo, pois, idônea a resolver todas e quaisquer situações.

Problema? Seu uso foi – e ainda é – feito de maneira indiscriminada, sem que se indique, caso a caso, a correlação que a própria estruturação da ponderação alexyana (adequação, menor onerosidade possível, ou necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito) exigem (GUERRA FILHO, 2010, p. 263). A rigor, a proporcionalidade vem servindo ao Judiciário brasileiro simplesmente para justificar – ou dar contornos de justificativa – aos mais absurdos pontos de vista jurídicos (STRECK, 2013b). Basta invocar a palavra mágica “pondero” (STRECK, 2014a) e tudo se resolve! Descortinam-se todas as possibilidades! Nesse sentido, como forma de estabelecer em que consistem a estrutura da ponderação, é salutar a lição de Steinmetz:

A adequação ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir o fim pretendido [...] A necessidade ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso – ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão. Assim, uma determinada restrição é necessária se não é possível escolher outra restrição igualmente efetiva que limite menos o(s) direito(s) fundamental(is) em questão [...] A proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderação propriamente dito. Ele ordena que os meios elegidos devam manter-se em uma relação razoável com o resultado perseguido. Esse dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da justa medida entre e restrição (o meio) e a finalidade pretendida. (STEINMETZ, 2010, p. 40-41)

A impressão que se tem é que a doutrina da ponderação possui impropriedade, qual seja, ao querer fazer dos princípios mandamentos de otimização que se amalgamam a valores ao ponto de não se saber qual é qual (STRECK, 2013b), por meio da estruturação racional aludida supra – que de racional pouco ou nada tem, dada a mistura quase identificação entre princípios e valores – incute na aplicação do Direito cariz de subsunção matemática, que, se não completamente incompatível com a natureza do Direito, em razão das possíveis articulações com a lógica jurídica (STRECK, 2014a), ao menos custa-se a crer que possa ser compatível ao ponto de servir como regra, no sentido de padrão.

Não é exagero, portanto, intuir que a ponderação de Alexy (2008), apoia-se, porque não dizer, no discurso econômico do Direito (cf. POSNER, 2013), ao menos no aspecto da maximização dos interesses pautada por uma previsibilidade comportamental que, como já discutido, é bastante questionável, no plano da exequibilidade.

Não se quer fazer acreditar que a doutrina de Alexy (2008) seja imprestável! Em absoluto! Por mais que haja sólidas críticas – aliás, qual teoria é refratária a posturas de resistência? –. O busílis da questão é a maneira como esta foi assimilada no Brasil, ao menos pelo Judiciário brasileiro (MORAIS, 2018). Nesse sentido:

Para Alexy, a noção de *Pretensão de Correção* serviria de aporte moral, pelo qual as opções valorativas do julgador poderiam ser racionalmente (argumentativamente) justificadas. Assim, as decisões do Tribunal Federal Constitucional alemão seriam tomadas como produto empírico da hierarquia das valorações feitas ao texto constitucional – na abertura do âmbito semântico estrutural das normas de Direitos Fundamentais –, cuja observação revelaria, pela dogmática jurídica, o âmbito de normatividade da Constituição.

O intento do jurista alemão é explicitamente revelado no sentido acima mencionado quando afirma objetivar, através da fundamentação racional, reabilitação da teoria valorativa dos Direitos Fundamentais.

Um dos problemas estaria nessa proposta, qual seja: parte Alexy da cisão entre a decisão como produto de juízos de valor, mais precisamente, hierarquizador de valores via esquema de sopesamentos, cuja fundamentação se daria *a posteriori* através de uma série de regras argumentativas que qualificariam a decisão judicial como racional e, portanto, lhe dariam legitimidade. (MORAIS, 2018, p. 255)

A teoria foi recepcionada como um substrato fértil sobre o qual legitimam-se decisões estribadas em percepções puramente individuais do julgador. Em boa parte essa confusão é causada pelo próprio Alexy (2008), ao promover uma relação praticamente inquebrantável entre valores e princípios, ao não dotar o processo cognitivo que traz o resultado da ponderação de concatenação lógico-racional. Esta, aliás, uma crítica que se estriba em Habermas, para quem:

Quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. Certos conteúdos teleológicos entram no direito, porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos. (HABERMAS, 1997, p. 317-318)

Esse posicionamento de Habermas adquire contornos ainda maiores quando se põe à prova a ponderação no âmbito de contexto de estruturas socioeconômicas nas quais se desenvolve o fenômeno jurídico (COSSIO, 1964), vez que estas são multifacetadas, ou, falando de outro modo, os valores são bem parciais, porquanto identificados cada um aos variados nichos componentes da sociedade.

Veja-se. A doutrina da ponderação de Alexy, por si só, padece de vazios (cf. HABERMAS, 1997), e se ainda é recepcionada de maneira equivocada (MORAIS, 2018), não se pode esperar outra coisa a não ser decisões inadequadas, porquanto por mais que fosse assimilada corretamente, já seria bastante discutível. Prudente observar, logo de início, a natureza da ponderação: regra ou princípio? Não se inclina nem por uma nem por outra modalidade normativa, sendo mais verossímil inseri-la em categoria normativa intermédia, aproximando-a daquilo que Ávila (2005) cognominou “postulado normativo”:

Os postulados normativos seriam normas de segundo grau que não impõem um fim ou um comportamento específico, mas estruturam o dever de realizá-lo. São descrições estruturantes da aplicação de outras normas cuja função é otimizar e efetivar princípios e regras. Desta forma, os postulados não se confundem com os princípios nem com as regras porque não buscam um fim nem estabelecem uma conduta. (ÁVILA, 2005, p. 88)

Vale dizer, é a ponderação algo *sui generis*, a partir do instante em que não é mandamento de otimização, traço distintivo dos princípios, na perspectiva de Alexy (2008), e tampouco é norma indutora de conduta, de cunho definitivo isso típico da modalidade regra, consoante Ávila (2005).

Que se haveria de entender, então, por esse postulado normativo conhecido por ponderação? Seria instrumento utilizado, segundo Ávila (2005) na resolução de questões envolvendo princípios que, ao menos aparentemente, seriam antinômicos, por meio da estruturação quase matemática (cf. STRECK, 2018, p. 193) desenvolvida por Alexy (2008).

O que caracteriza a ponderação de Alexy (2008) é a tentativa de resolução de casos semelhantes através de uma estrutura mais ampla, englobante, pela qual se busca extrair dos princípios o seu máximo (CADEMARTORI, 2009), daí falar-se em princípio como “mandamento de otimização”. Dessa maneira, resolve-se a antinomia, criando-se um padrão, a ser aplicado aos casos futuros semelhantes, desde que as situações fáticas apuradas sejam as mesmas que fundamentaram o julgado paradigmático.

E aí vai outra crítica: por mais que existam sólidas razões de semelhança, não haverá casos exatamente idênticos (STRECK, 2013b), o que faz com que casos diferentes – ainda que minimamente, é verdade – sejam julgados da mesma forma, o que não deixa de ser um atentado à isonomia.

Em assim sendo, é lícito ao pesquisador concluir que quando houver a colisão entre direitos fundamentais, v.g., liberdade de informação, de um lado e, de outro, direito à intimidade, após a ponderação um deles há de prevalecer, dadas as circunstâncias fáticas que permeiam o caso concretamente, e a resposta há de ser a mesma, com algumas possíveis variações, quando tais circunstâncias se repetirem. Entretanto, nada impede que alterado o

acervo fático, o direito que ficou em segundo plano não possa vir a ser protagonista, quando confrontado com o outrora “vencedor”.

Na perspectiva de Moraes (2018), o STF decide inadequadamente a colisão entre direitos fundamentais porque internalizou erroneamente a ponderação alexyana<sup>79</sup>. Observe-se:

Intentou-se verificar na jurisprudência do STF se sua aplicação correspondia às orientações dogmáticas de Robert Alexy, partindo da hipótese, mesmo que precária, da correlação de citações do jurista alemão e do princípio da proporcionalidade pelas decisões do STF. Se tal hipótese não fosse confirmada, estipulou-se como variável a precisão do sentido empregado e o contexto envolvido no uso da proporcionalidade. Portanto, após análise das 189 decisões do STF representativas da práxis desse tribunal nos últimos dez anos – reportando-se ao capítulo deste trabalho que descreve o emprego da proporcionalidade nas decisões investigadas – numa tentativa de generalização dos resultados, conclui-se: [...] que a proposta de Robert Alexy sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a possibilidade de justificação (argumentação) racional das decisões judiciais não encontra correspondência nas decisões do STF. O que se pode ver, entretanto, é a incorporação no discurso do STF de fragmentos da teoria de Robert Alexy, principalmente no que diz respeito à aplicação das submáximas da adequação e necessidade ou sopesamento. Apesar disso, não foi possível constatar a preocupação nas decisões com a proposta de legitimar argumentativamente a aplicação das submáximas da proporcionalidade. Portanto, o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy. Assim, o princípio da proporcionalidade visto nas decisões do STF assume uma concepção *sui generis*, envolvendo, em parte, elementos da teoria proposta por Robert Alexy e o desenvolvimento de uma lógica própria incomensurável, principalmente, quando se pensa na vinculação da proporcionalidade a critérios intersubjetivos. (MORAIS, 2018, p. 259-261)

Pois bem, não bastasse o erro no qual incide a cúpula do Judiciário pátrio, quando cai em seu gosto doutrina assimilada erroneamente (MORAIS, 2018), vem ainda o legislador nacional, quando da feitura do Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015), e deixa pior o que já parecia não poder ser mais: refere-se aqui ao parágrafo segundo do artigo 489 da legislação ora em comento, ao permitir, por meio de lei, a ponderação agora não mais apenas de princípios, mas também de regras. Confira-se: “§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.<sup>80</sup>”

Fomenta o legislador o ativismo judicial, desde o instante em que trata de “normas” (regras e princípios) no gênero, quando deveria haver se acutelado, sido mais parcimonioso, e falar em princípios, pois tal como está dota as regras de caracteres incompatíveis com sua natureza, consoante Ávila (2005), quais sejam, a não-exclusividade (aplicar-se a uma

<sup>79</sup> Para uma visão mais analítica das conclusões às quais chegou o autor, recomenda-se a leitura de MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade**: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 260-261, onde se encontrará o raciocínio desenvolvido em sua plenitude.

<sup>80</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

heterogeneidade de situações) e a gradação (capacidade de alongar ou restringir seu alcance), típicas de princípios.

Do ponto de vista prático, autoriza a lei o magistrado a simplesmente afastar a incidência de uma lei (regra), e se se leva em conta toda a carga subjetivista (STRECK, 2013b) que informa boa parte do Judiciário nacional...

Observe-se a lição de Zagrebelsky:

Los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndolos “reaccionar” ante algun caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance<sup>81</sup>. (ZAGREBELSKY, 2008, p. 111)

Ressalte-se que o decreto nº 9.830<sup>82</sup>/2019, que regulamentou os artigos 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), até tenta conferir maior objetividade ao procedimento hermenêutico, ao falar da decisão e motivação baseadas em valores jurídicos abstratos, inclusive trazendo o que se deve entender por estes. Observe-se o que traz o artigo 3º do decreto em comento:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.  
 § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.  
 § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.  
 § 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

No entanto, a legislação, por si só, não possui o condão de resolver a problemática na qual está envolvido o procedimento interpretativo no Brasil, simplesmente porque o parâmetro está errado, visto que o Direito é linguagem (GADAMER, 2011a), sendo o aspecto

<sup>81</sup> “Os princípios, diretamente, não nos dizem nada a este respeito, mas nos proporcionam critérios para tomar posição diante de situações concretas que *a priori* aparecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de dissenso e repulsa para todo o que pode estar implicado em sua salvaguarda em cada caso concreto. Uma vez que carecem de “certeza de fato”, aos princípios, diferente do que ocorre com as regras, só se pode dar aos mesmos algum significado operativo confrontando-os com algum caso concreto. Seu significado não pode determinar-se em abstrato, mas apenas em casos concretos, e apenas nos casos concretos se pode entender seu alcance.” (ZAGREBELSKY, 2008, tradução nossa)

<sup>82</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

hermenêutico determinante, e de nada adianta a norma falar em razoabilidade, adequação, proporcionalidade ou quaisquer outros congêneres, caso o julgador não assimile adequadamente o que estas são. Necessita-se, pois, de “filtragem hermenêutica” (cf. STRECK, 2011, p. 43). Nesse sentido observe-se a lição de Streck:

O Direito não consegue atender a tais demandas não porque tal “complexidade” não estaria prevista no sistema jurídico, mas, sim, porque há uma crise de modelo (que não deixa de ser uma espécie de “modo de produção de Direito”) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, pena (*sic.*), processual penal e processual civil, etc.). (STRECK, 2011, p. 45-46)

Considerações feitas sobre a doutrina que “caiu no gosto” do Judiciário pátrio, ressei como consectário que a mesma contribui decisivamente para a falta de padronização das decisões judiciais. Não se está sozinho nesse pensamento. Com efeito, Morais, ao analisar uma série de quase duzentos julgados do STF nos mais variados ramos jurídicos, em um lapso temporal de dez anos de decisões, conclui:

Depois do estudo de 189 decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, em busca da identificação prática da proposta metodológico-teórica de Robert Alexy, é possível apresentar algumas conclusões sobre essa indagação, bem como o que se constatou com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Primeiro: Numa generalização, não foi possível encontrar uniformidade nas decisões do STF quanto à identificação dos princípios jurídicos envolvidos nos conflitos em que o princípio da proporcionalidade foi chamado a resolver. Assim, em muitas decisões, bastou a indicação de um princípio jurídico, tido como violado, para que a proporcionalidade entrasse em jogo para orientar a decisão. (MORAIS, 2018, p. 180-181)

Como forma de dotar de dados empíricos a afirmação feita já neste subtópico, qual seja, que a falta de padrão nas decisões judiciais acarreta como consequência o aumento no número de processos correlatos à questão decidida equivocadamente, desdobrando-se ainda em disfunção da prestação jurisdicional célere, traz-se dois julgados paradigmáticos do STF que estimularam a judicialização – plenamente evitável caso a decisão houvesse se pautado por critérios que não fosse o decisionismos – de mais demandas.

O primeiro julgado, de 2007, diz respeito à (i)licitude probatória, no âmbito da cognominada “Operação Satiagraha” (*Habeas Corpus* nº 90.376-2/RJ<sup>83</sup>), cuja ideia era anular todos os procedimentos da operação, em razão de as provas que lastreavam a acusação haverem sido adquiridas ao arrepio da garantia constitucional do direito à intimidade, inviolabilidade de domicílio, sigilo bancário e telefônico.

A falta de parâmetro neste julgamento repercutiu no ajuizamento de ao menos mais os seguintes procedimentos, segundo Morais (2018, p. 135-137): *Habeas Corpus* nº 93.050-6/RJ,

<sup>83</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-stj-anulacao-satiagraha.pdf>>. Acesso em 14 out. 2019.

*Habeas Corpus* n° 82.788-8/PI, Inquérito n° 2.245/MG, Mandado de Segurança n° 22.801/DF, Ação Cautelar n° 33 MC/PR, *Habeas Corpus* n° 96.056/PE.

O segundo julgado, de 2008, de acordo com Morais (2018, p. 137-139), diz respeito à dosimetria e aplicação da pena, quando do análise da “equiparação das penas entre o crime de furto e de roubo mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade” (MORAIS, 2018, p. 137). Trata-se do *Habeas Corpus* n° 93.071/RS, estimulando a propositura dos *Habeas Corpus* n° 92.626/RS, 93.905/RS, 94.030/RS, 92.628-2/RS e 95.351-4/RS, “pelo fato do Superior Tribunal de Justiça não admitir a tese de fixação da pena aquém do mínimo legal, num juízo comparativo entre as penas cominadas ao crime de furto e de roubo, reconhecendo que tal competência seria exclusiva do Supremo Tribunal Federal.” (MORAIS, 2018, p. 138).

Tais julgados paradigma possuem o condão de demonstrar estatisticamente que a falta de padrão, nestes casos por conta de uma compreensão equivocada da teoria da ponderação alexyana, consoante Morais (2018), nos julgados, estimula a judicialização, fazendo com que haja o aumento no número de processos para o Judiciário julgar e, como desdobramento natural, a inviabilização da duração razoável do processo, pois com mais processos para julgar, a tendência é que a prestação judicial seja mais morosa. Não à toa o Judiciário brasileiro contava, em 2017, com aproximadamente oitenta milhões<sup>84</sup> de processos a serem julgados.

À guisa de conclusão, percebe-se, pois, que à míngua de padrão, fruto da compreensão equivocada de Alexy (2008), e aqui, reitere-se, toma-se por base Alexy por ser a ponderação aqui no Brasil chaga difícil de curar, dada a suprarreferida maneira pela qual foi assimilada (MORAIS, 2018), vale dizer, como forma de justificar subjetivismos os mais diversos, por meio de contorcionismos jurídicos, a conclusão a que se chega, reitere-se, é que se estimula a utilização do Judiciário como álea, com a conseqüente lentidão do Judiciário na prestação jurisdicional, em função do aumento do número de processos, estatisticamente comprovado.

### **3.2.2 A lição da obra “Medida por Medida”, de William Shakespeare**

A noção de interpretação do Direito não deve ficar circunscrita a um caráter descritivo das prescrições jurídicas, vez que as normas apenas passam a “dizer” algo somente a partir do instante em que o sujeito atribui a estas uma significação (GADAMER, 2011a); é, pois, nítida atividade de criação, não tendo mesmo um sentido apriorístico em seu bojo, onde caberia ao hermeneuta tão somente extrair-lhe o significado.

<sup>84</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-2-2/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>>. Acesso em 10 out. 2019.

Tal perspectiva, por prévia, é semântica, representacional, e não se sustenta (SILVA, 2017), porquanto nega o inegável, a saber, o caráter transformador do sujeito, que a depender do contexto no qual esteja inserido (GADAMER, 2011a), continua a pensar o que já começou a ser pensado pelo legislador no momento em que engendrava a norma.

Eis aí caracterizado o círculo hermenêutico (GADAMER, 2011a), na perspectiva pragmática ou filosófica da interpretação, na qual o sentido é coparticipado, e se é verdade que a norma já traz diretrizes mínimas quando de sua gênese, pois afinal foi – ou deveria ser – feita para regular situações sociais razoavelmente plausíveis de acontecer, não é menos certo que o horizonte (SOARES, 2010) no qual está inserto o hermeneuta também é determinante na atribuição de sentidos, havendo dessa forma um condicionamento recíproco.

No entanto, tal liberdade ao sujeito não é – ou ao menos não deveria ser – irrestrita, pois se assim fosse, o fenômeno interpretativo se converteria em algo sensivelmente arbitrário, pois as inclinações do indivíduo (STRECK, 2013b) seriam o único “limite”, e não se pode ficar refém de tal contingência, porquanto altamente volátil se tornaria o Direito, à míngua de mínima previsibilidade. Dito de outra maneira, não é lícito ao hermeneuta assenhorear-se dessa forma do sentido da norma jurídica; ou, para utilizar expressão de Streck (2013b): o “sujeito assujeitador do objeto.”

De soslaio, pode parecer que o pesquisador que ora escreve incorre em grande contradição, pois afinal dizer que a atividade interpretativa é inovação, criação, dependente do contexto de espaço e tempo, assim como das percepções do sujeito, e logo em seguida trazer o imperativo de limitar tal empreitada...

No entanto, tal contradição é meramente aparente, vez que não há qualquer antagonismo entre as assertivas: deve-se buscar uma harmonização entre o referencial estável (SOARES, 2010) trazido pelo legislador quando da elaboração da norma jurídica em um contexto de Direito democraticamente construído, de legitimação – ainda que apenas formal – e a inafastável liberdade de continuar a pensar do hermeneuta, ainda que “rompendo a moldura” normativa, possivelmente impensável ao legislador (SILVA, 2017), ou seja, o eterno diálogo entre a norma e a realidade social que este pretende regular.

É tarefa de atualização, dada a dinâmica social, mutável por excelência, vez que a única coisa que permanece imutável em termos sociais é a própria mutabilidade; e o Direito, como regulador social que é, não pode se furtar de evoluir, sendo que tal evolução não há de ser efetuada apenas por intermédio de intervenções legislativas, formais, mas sobretudo de modo informal, a cargo da interpretação, afinal, um Direito desapegado do contexto (COSSIO,



1964) que se propõe a regular é instrumento fadado ao insucesso, sendo sua tarefa, pois, infausta.

A assemelhação da interpretação do Direito com a da Literatura pode ajudar a compreender o problema dentro de uma perspectiva mais holística. Dworkin, em sua obra “Uma Questão de Princípio”, adverte:

Para que os juristas se beneficiem de uma comparação entre a interpretação jurídica e a literária, porém, devem ver a segunda sob certa luz, e nesta seção tentarei dizer qual é. (Gostaria que as observações seguintes não fossem controvertidas entre os estudiosos de literatura, mas receio que serão.) Os estudantes de literatura fazem muitas coisas sob os títulos de “interpretação” e hermenêutica”, e a maioria delas é também chamada de “descobrir o significado de um texto.” [...] A interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte. Diferentes teorias ou escolas de interpretação discordam quanto a essa hipótese, pois pressupõem teorias normativas significativamente diferentes sobre o que é literatura, para que serve e o que faz uma obra de literatura ser melhor que outra. (DWORKIN, 2005, p. 221-222)

Dessa forma, é possível que a intenção do autor da obra literária ou da norma jurídica no que tange ao sentido dos respectivos textos, adquira contornos bastante distintos, até mesmo escapável aos seus fautores, quando da coparticipação dos intérpretes, que atribuem diferentes perspectivas; tudo isso em função do caráter alográfico das normas jurídicas por intermédio das quais se exprime do Direito, ou, falado de outra forma: o Direito é realidade a ser construída, e não algo que se encontra pronto previamente, dado. Só adquire sentido a partir do instante em que interpretado, quando das interferências intersubjetivas (COSSIO, 1964) naturais do “diálogo” entre a norma e a realidade a ser normatizada. Em abono a essa tese, vem Dworkin:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, de maneira que cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (Dworkin, 2005, p. 237-238)

Ademais, os pontos de contato entre Direito e Literatura propõem um rompimento com o paradigma eminentemente técnico que tende a assolar as faculdades jurídicas no Brasil, com a conseqüente a conversão – entenda-se amesquinamento – de cursos de Direito em verdadeiros cursinhos preparatórios para concursos públicos (cf. STRECK, 2018, p. 192).

Nesses dias que nos deram para viver, observa-se que tanto a teoria quanto a filosofia do Direito foram relegadas a segundo – ou terceiro – plano (STRECK, 2014a), ante o império da dogmática jurídica. Nesse contexto, a função judiciária deixa de ser aquela assecuratória da

equidade, transmutando-se em um sistema no qual o que de fato possui relevo é a vontade do julgador, donde decorre o decisionismo jurídico.

Nessa toada, as decisões judiciais cada vez mais vêm marcadas com traço de imprevisibilidade, que é maléfico aos atores sociais, em razão do alijamento da segurança jurídica. A depender do humor do magistrado, os problemas a ele submetidos poder ter decisões as mais díspares (SILVA, 2017), e isso atenta frontalmente à efetivação da isonomia e da democracia.

Esse estudo conjunto entre diferentes – mas complementares – ramos do saber (Direito e Literatura) proporciona visão mais holística das estruturas socioeconômicas onde o fenômeno jurídico se desenvolve, tendo como corolário lógico o desenvolvimento de uma análise mais crítica sobre o mesmo, bem como fornece sólidos subsídios para a utilização do Direito como efetivo instrumento de transformação social, à luz da problemática espaciotemporal vivida. Nessa linha de pensamento, traz-se o posicionamento de Streck e Trindade (2013, p. 3-4):

Quanta realidade se encontra nas ficções? E quanta ficção conforma nossa realidade? Este é o argumento que atravessa a proposta aqui apresentada para a continuação dos estudos relativos ao Direito e Literatura no Brasil. [...] Compartilhando a ideia de que as relações entre Direito e Literatura podem auxiliar a enfrentar o grande “exorcismo da realidade” provocado pelo positivismo jurídico. (STRECK; TRINDADE, 2013, p. 3-4)

Por mais que a postura assumida nesta tese seja a de defesa do Movimento Direito e Literatura, não se pode presumir que tal posicionamento seja unísono; há quem possa questionar a adequação do prisma de análise do Direito a partir da Literatura, o que também é legítimo, mormente dentro de um ambiente democrático, de pluralidade de ideias, que é o ambiente acadêmico.

Posição de resistência a esse Movimento pode assentar-se na argumentação segundo a qual Direito é realidade distinta da Literatura, em função da textura aberta desta que possibilita um grande robustecimento da subjetividade humana. No entanto, a articulação que se faz entre essas duas realidades, em que pese serem diferentes, é no sentido de se complementarem, como dito anteriormente, guardadas as diferenças existentes, mas acentuando-se os pontos de contato, mormente no que diz respeito ao processo criativo da interpretação do Direito, o que, claro, deve se dar dentro de limites e vínculos mais rígidos que os da interpretação literária; isso, entretanto, não implica exclusão entre Direito e Literatura, ou seja, não há impedimento para analisar-se aquele à luz desta.

Traçado o paralelo, emerge o busílis da questão hermenêutica: como compatibilizar a estabilidade trazida pelo legislativo com a necessidade de atualização da norma (SOARES, 2010), sem que esta atividade de criação, que é posterior, rompa a estrutura de base da norma,

ou em outros termos, que não a subverta ao ponto de esta exprimir algo totalmente diverso de sua pretensão inicial?

Tal indagação parece atual, e é, mas não se pode dizer que é “nova”: Shakespeare (2006), já no início do século XVII advertia quanto à necessidade de fitar um meio-termo, uma harmonia, entre a estabilidade e a mutabilidade das normas jurídicas, por meio de sua obra de 1604 intitulada “Medida por Medida”, a qual passamos desde esse instante a analisar a partir de seus pontos de contato com o Direito.

Em que pese o fato de mais de quatro séculos haverem transcorrido quando da escrita da referida peça teatral, o dilema entre o que deve prevalecer, se a aplicação literal da lei, ou o assenhoreamento desta pela mera subjetividade do intérprete (STRECK, 2013b), permanece intransponível, ao menos no Brasil.

Ou seja, a tensão existente entre a negação do aspecto hermenêutico do texto normativo, por um lado, e a escolha<sup>85</sup> baseada na pura subjetividade do julgador, como se não fosse possível buscar uma harmonização dessas duas posturas, que isoladamente são nefastas, vez que estribadas no paradigma semântico sujeito-objeto, já afastado pela hermenêutica filosófica de Gadamer (2011a). Passados os prolegômenos, vai-se à estória.

Trata-se de peça que versa eminentemente sobre a extrapolação das funções no âmbito da administração pública, em suas implicações com os aspectos morais e de aplicação do Direito. Em Viena, onde se passa a trama, a luxúria havia se tornado prática corriqueira em todas as camadas da sociedade, manifestada, dentre outras situações, pela “infestação” de bordeis na cidade (SHAKESPEARE, 2006, p. 90).

Apesar de existirem leis que puniam a fornicação e a luxúria (SHAKESPEARE, 2006, p. 96), inclusive com a pena capital, não eram aplicadas havia mais de quatorze anos, passando a ser negligenciadas ou até mesmo desconhecidas pelas pessoas. Assim, diante dessa situação de esbórnica generalizada, o duque Vivêncio, da Áustria, sente como imperiosa a imposição de freios a esse cenário de devassidão.

Todavia, caso tencionasse aplicar as leis que puniam as transgressões citadas após tanto tempo de ostracismo, trazia o receio ao governante de ser taxado como tirano era grande (SHAKESPEARE, 2006, p. 99), em razão de haverem sido ignoradas por ele mesmo neste interregno da não aplicação para potencial aplicação.

---

<sup>85</sup> Perceba-se que aqui não há falar-se em “decisão”, pois esta pressupõe a observância de um mínimo de limites e vínculos; logo, opta-se pelo vocábulo “escolha”, vez que este denota a arbitrariedade presente em alguns provimentos jurisdicionais.

Aqui observa-se um primeiro ponto de contato do Direito com a Literatura, a saber, o costume negativo, o desuetudo, como (in)idôneo a revogar a lei por não mais guardar aderência com o social, que simplesmente a ignora. À luz da experiência brasileira, a postura de revogação não se sustenta, como se depreende do artigo 2º do decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), alterado pela lei nº 12.376/2010, que preceitua: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.<sup>86</sup>”

No entanto, cabe estabelecer paralelo com o princípio da *venire contra factum proprium*, ou vedação ao comportamento contraditório, também consagrado em nosso ordenamento, exemplificativamente, em respeito à boa-fé, embora em contexto distinto, a saber, o Código Civil, no artigo 330: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato<sup>87</sup>”, e no Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 5º e 276, que seguem respectivamente: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé<sup>88</sup>”; “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta **não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.**<sup>89</sup>” (Grifo nosso)

O legislador brasileiro preferiu, em nome da segurança jurídica, atribuir revogação à lei em situações de normalidade apenas por intervenções legiferantes, formais, e não uma revogação pelo não uso.

Analisando de acordo com a trama, observa-se uma incongruência, com implicações da *venire* e da lei, vez que embora vigente não possuía eficácia, e sua utilização poderia denotar arbitrariedade por parte do governante. No afã de se desvencilhar do embaraço, o duque forja férias, saindo de Viena rumo à Polônia, encarregando Ângelo, conhecido por sua inflexibilidade de caráter e frieza na aplicação da lei (SHAKESPEARE, 2006, p. 105), além da *expertise* no trato das coisas do Estado, de substituir-lhe, sem reserva de poderes, durante o período vacacional.

A transferência de poder se deu pelo fato de estar na esfera de previsibilidade o proceder de Ângelo: não claudicaria em aplicar a lei, e o duque, dessa forma, não seria alcançado pela pecha da tirania, da arbitrariedade. Entretanto, este não era o único intuito de

---

<sup>86</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

<sup>87</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

<sup>88</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

<sup>89</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

Vivêncio: continuou na cidade, disfarçado de padre (SHAKESPEARE, 2006, p. 108), podendo dessa forma observar a reação da sociedade à aplicação das leis e, ainda, como seu mandatário se comportaria no exercício da função.

Logo no início de seu governo quem sofre com a incursão nos grilhões legais foi Cláudio (SHAKESPEARE, 2006, p. 111), condenado à pena capital por haver cometido o crime de fornicção com sua futura esposa, Julieta, culminando na gravidez desta, consoante prescrevia a legislação. A caminho do calabouço, o condenado encontra-se com Lúcio, seu amigo, e lhe suplica fale com Isabela, irmã de Cláudio (SHAKESPEARE, 2006, p. 113), para que esta busque reverter a decisão de Ângelo.

Isabela atende aos reclamos de seu irmão, e vai ao encontro do novo governante tentar convencê-lo a perdoar a infração que ocasionou a sentença de morte. No entanto, a tentativa é vã: Ângelo permanece inflexível – ao menos inicialmente, pois alegava que não havia o que ele pudesse fazer, em razão da violação à lei, e essa o havia condenado (SHAKESPEARE, 2006, p. 115). Em outros termos, assume comportamento de submissão total à lei, e a aplicava de maneira literal.

Isabela vai embora, mas retorna no dia marcado para a execução da sentença, e irredimida persiste (SHAKESPEARE, 2006, p. 120), no intuito de persuadir Ângelo a rever sua decisão. Este, entretanto, agora a observa sob outro viés: enxerga na mesma não mais uma irmã desesperada que clama pela vida de Cláudio, mas sim uma belíssima mulher, e faz proposta demasiado indecorosa: caso esta consinta em prestar-lhe favores sexuais, seu irmão não mais seria morto.

Passa Ângelo de um “fiel” aplicador da lei em seu sentido literal, de total submissão a esta, a pessoa que se assenhora integralmente de seu sentido, de acordo com suas conveniências (SHAKESPEARE, 2006, p. 126). Despiciendo considerar que nenhuma dessas posturas é desejável, pois uma é de uma completa imutabilidade da norma jurídica, em respeito ao seu “sentido” atribuído pelo legislador, e noutra há uma liberdade ilimitada, desvinculada, onde o que importa unicamente é a subjetividade do intérprete.

Urge a necessidade de se buscar um meio-termo, uma compatibilização, entre o referencial de estabilidade da segurança jurídica, quando do engendramento da norma jurídica, e a indeclinável premência de atualizá-la por meio de procedimentos interpretativos (SOARES, 2010), informais, e não apenas pelo processo legislativo, formal, até pelo fato de a falibilidade humana não permitir ao legislador prever todas as contingências oriundas da complexidade que rege o social, que se rege pelo imprevisível, pelo imponderável.

### 3.3 A JUSTIFICATIVA(?) DA MAIOR INCISIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: EXAME BASEADO NA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

À luz dos posicionamentos até aqui expostos, pode-se perceber que a inclinação do autor desta tese é pela adoção de postura autorrestritiva interpretativa do Judiciário. Isso não significa que tal posição seja estanque, pois é possível que diante de algumas situações a serem delineadas os ativismos sejam não apenas tolerados, mas desejados para que o Direito sirva como instrumento a ser utilizado para que a própria democracia não venha a perecer. Trata-se de analisar quais seriam essas situações, até para que o alcance da intervenção defendida fique bem delimitado, e assim evite o oposto daquilo que se quer atingir. É o que se passa a fazer.

E peremptoriamente se afirma que exclusivamente em situações de estado de exceção (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018) é que a postura pró-ativa se justifica. Entram em cena, nesse diapasão, como estribo da afirmação, a Jurisprudência dos Valores (STRECK, 2013b), contextualizando sua utilização. Reitere-se mesmo antes da análise, que o recurso a ativismos apenas se justifica quando da vigência de situações excepcionais, atentatórias ao regime democrático, como no caso de governos totalitários, ditatoriais.

Ressalte-se ainda que esses não mais se mostram necessariamente como em outrora, com “os tanques na rua”, mas podem se dar de maneira velada, lenta e, pois, imperceptível (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), como se verá, o que demanda vigília ainda maior, pois aí o Direito emergirá enquanto garantidor da justiça e por isso mesmo o ativismo, para contornar normas injustas, faz-se necessário. Incumbe, nesse instante, verificar em que consistem os esteios da justificativa de ativismos.

A cognominada “Jurisprudência dos Valores” desenvolveu-se, segundo Streck (2013b) no contexto alemão após a Segunda Guerra Mundial, e consistiu em uma maneira de o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) atenuar os rigores legais que haviam sido impostos pelos vencedores da Guerra, via Constituição (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, ou Lei Fundamental da República Federal da Alemanha), em 1949.

Essa mitigação se daria não pelas modalidades normativas regras e princípios a informar o ordenamento jurídico-constitucional, mas pelos valores objetivamente válidos independentemente da situação de uso, como os direitos humanos, o que acabou por robustecer os direitos fundamentais, principalmente no plano hermenêutico, vale dizer, ao dotá-los de força persuasiva. Valores esses que inclusive serviriam de balizas para a aferição de (in)conformidade com a Constituição. Nesse sentido é salutar a lição de Streck:

No caso alemão, temos que a *jurisprudência dos valores* serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido construída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada que possibilitara, em alguma medida, o totalitarismo nazista. (STRECK, 2013b, p. 17-18)

Assim, a maior intervenção do Judiciário se justificava ante a excepcionalidade, ante o fato de a Constituição da República haver sido outorgada – e não promulgada – ao arrepio dos valores e exigências de justiça dos alemães. Premente se fazia, dessa maneira, que a atividade criativa do Tribunal Constitucional tentasse compatibilizar legalidade com legitimidade.

Nesse contexto se fazia necessária a postura ativista, e não como se fez – faz – no Brasil (STRECK, 2013b), que a toma como regra, e em um cenário bem distinto do pós-guerra alemão, em especial pelo fato de esta teoria – a da *Jurisprudência dos Valores* – haver sido incorporada por aqui sem qualquer pudor, sem qualquer adaptação, prestando-se a legitimar posturas subjetivistas; e reitera-se que sem qualquer paralelo com a essência da doutrina.

Ademais, em regimes ditatoriais, em geral se recorre à autoridade de uma legalidade injusta (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018); não que se esteja a esposar a ideia de uma submissão do Direito à Moral, mas acredita-se ser imperativa intersecção entre estas realidades, ainda que mínima, haja vista que um ordenamento jurídico estribado exclusivamente na legalidade formal é perigoso (FERRAJOLI, 2015), e pode proporcionar fértil campo para a instauração “perfeitamente legal” de ditaduras (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

E ditadores, sedentos de uma legitimidade para suas arbitrariedades fulcradas em um ordenamento jurídico, sabem disso (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Sabem que um regime não se sustenta apenas pela força; há que existir um substrato, nem que seja um “pseudo-substrato”. Não à toa Hitler chegou a exaltar publicamente Carl Schmitt, de maneira efusiva:

Que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923, percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que leva ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática. Mas o futuro teria de se realizar. Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão, que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem de minhas ideias. Ele criou para mim uma lei segundo o meu gosto e a ela me ative. Suas leis fundaram minhas ações no Direito. (Informação verbal, 1938.)

Valeu-se, pois, de uma legalidade estrita para a implantação de uma tirania, que logo após não teve qualquer pudor em “escancarar-se”. No entanto, regimes ditatoriais não se revestem mais apenas dessa faceta “aberta”: é perfeitamente possível que se estabeleça no seio

de um regime democrático (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), inclusive com uma Carta Magna democrática, bastando para tanto o desvirtuamento da Constituição e das instituições, através de manejos políticos paulatinos e imperceptíveis.

E no Brasil os exemplos de desmandos principalmente por parte do Poder Executivo pululam. A seguir traz-se situações concretas de arbitrariedades que, indubitavelmente, configuram o chamado estado de exceção material (FERRAJOLI, 2015), ou de fato, no qual por mais que se esteja formalmente sob o manto de um Estado Democrático de Direito, a situação de fundo é bem distinta, dado o desvirtuamento muitas vezes sutil dos institutos jurídicos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), reais arbitrariedades, passando a democracia a ser mero verniz, vez que o conteúdo é tipicamente de tirania. A fim de corroborar esse entendimento, traz-se o posicionamento de Bechara e Rodrigues:

O período de exceção no Brasil, diferentemente dos outros regimes militares latino-americanos, caracterizou-se pelo uso do aparato legal como forma de sustentação e legitimação perante a população civil, mantendo, com pequenas exceções, o Congresso Nacional em funcionamento. [...] Na realidade tratava-se de manter as aparências, pois os membros do Congresso Nacional, frente às constantes ameaças e tentativas de coerção por parte dos militares, não conseguiam exercer seus mandatos de forma livre e imparcial. De tal sorte, apesar da aparência de legalidade, os militares é quem legislavam concretamente por meio dos Atos Institucionais e Atos Complementares, estabelecendo-se o denominado Regime dos Atos Institucionais. (BECHARA; RODRIGUES, 2015, p. 592-593)

Dois exemplos recentes, um do ano de 2017, e outro de 2019, ilustram bem essa situação. São, respectivamente, o caso de portaria<sup>90</sup> do Ministério do Trabalho (nº 1.129/2017) que retirava do rol de práticas escravocratas cerca de 90% (noventa por cento) das situações de

---

<sup>90</sup> Art. 1º Para fins de concessão de benefício de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, nos termos da Portaria MTE nº 1.153, de 13 de outubro de 2003, em decorrência de fiscalização do Ministério do Trabalho, bem como para inclusão do nome de empregadores no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo, estabelecido pela PI MTPS/MMIRDH nº 4, de 11.05.2016, considerar-se-á:

I - trabalho forçado: aquele exercido sem o consentimento por parte do trabalhador e que lhe retire a possibilidade de expressar sua vontade;

II - jornada exaustiva: a submissão do trabalhador, contra a sua vontade e com privação do direito de ir e vir, a trabalho fora dos ditames legais aplicáveis a sua categoria;

III - condição degradante: caracterizada por atos comissivos de violação dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, consubstanciados no cerceamento da liberdade de ir e vir, seja por meios morais ou físicos, e que impliquem na privação da sua dignidade;

IV - condição análoga à de escravo:

a) a submissão do trabalhador a trabalho exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, realizado de maneira involuntária;

b) o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, caracterizando isolamento geográfico;

c) a manutenção de segurança armada com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto;

d) a retenção de documentação pessoal do trabalhador, com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho. (Disponível em: <[http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19356195/do1-2017-10-16-portaria-n-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-19356171](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19356195/do1-2017-10-16-portaria-n-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-19356171)>. Acesso em 10 out. 2019.)



trabalho escravo até então consideradas práticas que reduziam o trabalhador à condição de escravo ou análoga a de escravo; o outro, a respeito do famigerado contingenciamento (bloqueio) de verbas para as universidades federais. Observe-se.

No primeiro caso, assim se posicionou o STF:

Presente, à luz do exposto, o *fumus boni juris*, tenho por satisfeito também o requisito do *periculum in mora* à evidência de elevado risco, caso produza efeitos o ato normativo impugnado, de comprometimento dos resultados alcançados durante anos de desenvolvimento de políticas públicas de combate à odiosa prática de sujeitar trabalhadores à condição análoga à de escravo. A Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017 tem como provável efeito prático a ampliação do lapso temporal durante o qual ainda persistirá aberta no Brasil a chaga do trabalho escravo. A presença do trabalho escravo entre nós causa danos contínuos à dignidade das pessoas (art. 1º, III, da CF) a ele submetidas, mantendo a República Federativa do Brasil distante de alcançar os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), alcançar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF) e promover o bem de todos (art. 3º, IV). Tais danos são potencializados pela ausência de uma política pública eficiente de repressão, prevenção e reparação. Vale ressaltar que, a persistir a produção de efeitos do ato normativo atacado, o Estado brasileiro não apenas se expõe à responsabilização jurídica no plano internacional, como pode vir a ser prejudicado nas suas relações econômicas internacionais, inclusive no âmbito do Mercosul, por traduzir, a utilização de mão-de-obra escrava, forma de concorrência desleal. 23. Ante o exposto, forte no art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro o pedido de liminar, ad referendum do Tribunal Pleno, para suspender, até o julgamento do mérito desta ação, os efeitos da Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129, de 13.10.2017<sup>91</sup>.

O segundo caso trata-se de afronta ao direito fundamental educação, que deveria ser tratada como prioridade em todo o qualquer Estado, mormente naqueles nos quais ainda se “engatinha” rumo ao amadurecimento científico, político e institucional. Mas como tal maturação pode ocorrer, quando os mandatários maiores do Estado parecem preocupar-se muito mais em produzir instabilidades institucionais, em criar clima de beligerância?

Somente por intermédio do fomento à pesquisa de alto nível se pode sair do patamar de figurante e galgar papel de protagonista no cenário internacional, e com isso fortalecer a própria soberania. Mas parece o governo federal<sup>92</sup> dar de ombros para tudo isso, encarando como despesa o que deveria ser visto como investimento emancipatório.

Refere-se aqui ao chamado contingenciamento de verbas das universidades federais, que ocorreu sem qualquer razão de ordem técnica, impulsionado exclusivamente pelo pouco – ou nenhum – apreço à pluralidade de ideias, apanágio maior do ambiente acadêmico, além do total desrespeito a mandamento de envergadura constitucional, qual seja, a autonomia universitária: “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica,

<sup>91</sup> Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313126004&ext=.pdf> Acesso em 21 jun. 2019.

<sup>92</sup> O marco temporal utilizado é o de maio de 2019.

administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.<sup>93</sup> Mordaças em forma de sufocamento financeiro a quem ouse discordar dos projetos – ou falta deles – do governo. Mais ditatorial impossível!

Observe-se que sequer pode-se fornecer ato normativo do governo federal que promoveu o bloqueio de recursos das universidades federais. A razão: simplesmente inexistente ato normativo. Foi algo feito “informalmente” – ou quase –, por meio de sistema integrado do Ministério da Fazenda, ou Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI). Essa – a falta de norma – foi inclusive a justificativa utilizada pelo Judiciário, no caso, o Superior Tribunal de Justiça, para não intervir no bloqueio de verbas. Observe-se.

A concessão de liminar em mandado de segurança, quando possível, é condicionada à satisfação, cumulativa e simultânea, dos requisitos previstos no art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, quais sejam, a existência de ato administrativo suspensível, a relevância do fundamento das alegações da parte impetrante e a possibilidade de ineficácia da medida, se deferida somente ao final da demanda. No caso, os argumentos das impetrantes, assim parece, baseiam-se, sobretudo, em entrevistas concedidas pela autoridade apontada como coatora, restando enfraquecida, nessa medida, a plausibilidade das alegações veiculadas na exordial, tornando-se inócua, em consequência, a perquirição em torno da alegada presença do perigo da demora. ANTE O EXPOSTO, indefiro o pedido de concessão de liminar, sem prejuízo de, em novo contexto, reexaminá-lo adiante<sup>94</sup>.

A intervenção do Judiciário seria, nesse caso, altamente necessária, vez que os requisitos do mérito administrativo, quais sejam, oportunidade e conveniência (CADEMARTORI, 2007) não são absolutos, principalmente quando confrontados com direitos fundamentais sociais, como a educação, que demandam atuação positiva do Estado para que se efetive.

No entanto, o Judiciário, tão afeto a posturas voluntaristas, nesse caso, quando mais se precisou destas, falhou! Está-se diante da vedação ao retrocesso, elemento caracterizador dessa classe de direitos, de segunda dimensão que, como já falado, demanda, para que se materialize, de prestação positiva do Estado, no caso, o aporte, e não o bloqueio de verbas.

São essas situações de real estado de exceção que demandam postura pró-ativa do Judiciário, e exatamente para coibir esse tipo de situação o ativismo – sempre alertando para a temperança e prazo determinado na utilização, dado seu caráter excepcionalíssimo – se justifica, com o intuito de dotar o Direito de um mínimo caráter de justiça, que a legalidade pura e simples por si só não logra.

<sup>93</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

<sup>94</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=95422565&num\\_registro=201901258348&data=20190510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=95422565&num_registro=201901258348&data=20190510&formato=PDF)>. Acesso em 10 out. 2019.

Há um acercamento, portanto, da ideia de Direito Natural justificador do ativismo, por mais que em situações normais o Direito Natural “apenas” inspire o Direito Positivo, em uma fase legislativa, consoante ponderações feitas no item 4.1 deste trabalho.

Aproxima-se exatamente porque é postura vinculada à principiologia, na qual a interpretação transcende o Direito positivado, em atenção aos ideais de justiça (FERRAJOLI, 2015). Observe-se que a Jurisprudência dos Valores (STRECK, 2013b) não nega o Direito Positivo, mas permite abertura a interpretações mais consonantes à equidade diante de um cenário excepcional. Assim, e somente assim, o ativismo judicial é bem-vindo. Até por isso, cessada a situação que deu ensejo ao ativismo, deve este cessar também, obrigatoriamente.

Não há apologia a uma desobediência civil, mas uma insurreição legítima a um sistema ilegítimo – desde sua gênese ou de maneira superveniente – do ponto de vista material, que se oculta por intermédio de uma legalidade puramente formal. Remontando a Weber (2011), em sua obra “Ciência e Política: duas vocações”, tem-se que há basicamente três motivos que fazem a maioria se submeter à vontade de uma minoria governante, quais sejam, o costume, arraigado no seio de dado povo; o carisma, baseado nas qualidades pessoais de certo indivíduo; e a crença em um ordenamento jurídico posto por critérios de legalidade, de observância obrigatória porque engendrados por quem possuía a atribuição jurídica para tal.

É com base nesse último motivo de dominação que se centra a análise que se segue. Observe-se.

Existe, por fim, a autoridade que se impõe em razão da “legalidade”, em razão da crença na validade de um estatuto legal e de uma “competência” positiva, fundada em regras racionalmente estabelecidas ou, em outros termos, a autoridade fundada na obediência, que reconhece obrigações conformes ao estatuto estabelecido. Tal é o poder, como o exerce o “servidor do Estado” em nossos dias e como o exercem todos os detentores do poder que dele se aproximam sob esse aspecto. [...] Seja como for, cada vez que se propõe interrogação acerca dos fundamentos que “legitimam” a obediência, encontram-se, sempre e sem qualquer contestação, essas três formas “puras” que acabamos de indicar.

Essas representações, bem como sua justificação interna, revestem-se de grande importância para compreender a estrutura da dominação. Certo é que, na realidade, só muito raramente se encontram esses tipos puros. Hoje, contudo, não nos será possível expor, em pormenor, as variedades, transições e combinações extremamente complexas que esses tipos assumem; estudo dessa ordem entra no quadro de uma “teoria geral do Estado”. (WEBER, 2011, p. 34-35)

Esse fundamento de índole weberiana vem bem ao encontro do discurso que se descortina no presente tópico. Primeiro porque toca em uma estrutura de dominação na qual pode se converter o ordenamento jurídico de um Estado; segundo porque admite que os motivos ventilados são representações de uma realidade em uma situação de perfeito funcionamento e, pois, é possível que algumas assimetrias possam interferir nessa obediência, ao ponto de converter-se em desobediência, dado o definhamento da outrora “inabalável” crença.

É nesse ponto que se observa a intersecção com a Jurisprudência dos Valores (STRECK, 2013b), em razão da possível malversação do ordenamento jurídico (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), o que legitimaria essa “rebeldia” contra o sistema posto, e que encontraria seu instrumento de vazão e materialização justamente no Judiciário, que atuaria como porta-voz dos legítimos valores reinantes, vilipendiados pelo poder político. No entanto, ressalte-se a necessidade do estabelecimento de limites nesta atividade judicial, não sendo lícito ao magistrado agir da maneira que melhor lhe aprouver.

Não se deve, entretanto, incorrer no erro de pensar que a Jurisprudência dos Valores seria a perfeita tábua de salvação para livrar determinada sociedade de governos autoritários, que reprimem os direitos e garantias individuais e coletivos pelo próprio Direito, o que seria exatamente o oposto do que este deveria realizar. Há críticas, e muitas, à Jurisprudência dos Valores. Analise-se, pois, em que consistem as suas falências.

Em síntese, consoante Streck (2013b) o problema maior reside no fato, de a sociedade ficar refém do bom juízo do julgador, formado a partir de valores individuais deste, que por sua vez deveriam coincidir com valores reputados por adequados em uma perspectiva objetiva. Ou seja, valores havidos por corretos independentemente do tempo e do espaço.

A grande questão é a pouca verossimilhança da situação a que esse raciocínio “objetivo-subjetivante” conduz, porquanto despreza o que não pode ser desprezado, a saber, o fato que valores são forjados não de maneira objetiva (HABERMAS, 1997), em todas as realidades, mas ao revés: são moldados tomando por base as particularidades de cada nicho social.

Assim, falar de valor “universalmente” válido, é pouco aderente à prática, porque por mais que em todos os tempos e lugares um valor, como, por exemplo, a justiça, seja buscado, o que se entende por esta vai variar.

Por isso mesmo, fica inviável falar objetivamente em “justiça” com sentido unívoco, porquanto por mais que se queira nominalmente atingir a justiça, a rigor se estará querendo coisa diversa quando posto à prova em realidades diferentes (GADAMER, 2011a), pois aí a percepção sobre este valor será distinta, ainda que o nome dele (“justiça”) seja o mesmo. E apenas o nome é o mesmo, porque de fundo tratar-se-á de coisa diferente.

No entanto, à míngua de outro meio – pelo menos até onde conseguem iluminar as poucas luzes do escrevinhador deste trabalho –, assume esta doutrina o papel de necessidade, inobstante suas falhas, em que pese não excluir a possibilidade de outras teorias apresentarem alternativas igualmente plausíveis, dada a singularidade que um estado de exceção traz consigo.

### 3.4 HÁ ANTINOMIA ENTRE A APLICAÇÃO DO DIREITO INSPIRADO EM VALORES E UM ORDENAMENTO BASEADO NO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA?

Após a análise da situação justificadora de posturas judiciais mais incisivas, com seus devidos temperamentos, faz-se necessário proceder à outra reflexão, correlata à (in)compatibilidade entre a estabilidade, com sua conseqüente segurança jurídica, oriunda de um ordenamento jurídico pautado no constitucionalismo garantista, de um lado, e do outro, a possibilidade de o magistrado atribuir significação axiológica à norma jurídica, procedimento este muito afeto ao neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo principialista (cf. FERRAJOLI, 2012).

Cabe, antes das considerações de fundo, delimitar o alcance das expressões constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista. De início, assevere-se a existência de variadas acepções de constitucionalismo. Entretanto, pode-se trazer como ponto de contato entre as distintas percepções a legítima subordinação das pessoas e das funções estatais às normas constitucionais, havidas como hierarquicamente superiores às demais, conferindo a estas seu caráter de validade. Assim adverte Ferrajoli:

Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência de seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2012, p. 13)

Atente-se ao fato que trata-se essa de uma realidade construída, fruto de teorizações jurídicas, que originalmente se propunham a limitar o poderio estatal através do estabelecimento de direitos e garantias às pessoas, notadamente de índole fundamental, às quais até mesmo o Estado, esta ficção vocacionada a mandar, submeter-se-ia. Tal ideia é típica do cognominado constitucionalismo garantista que superou o chamado velho constitucionalismo, ou, em expressão consagrada por Ferrajoli (2015), “paleojuspositivismo.” Observe-se a lição de Garcia e Valle:

Desse modo, portanto, o modelo garantista se encaminha para a busca de alternativas concretas de combate a um ideal a ser superado, que é a submissão do juiz à lei, invariavelmente sustentada por elementos discriminatórios e arbitrários, que sustentam em seu bojo, conteúdos incertos, revestidos, em verdade, de instrumentos abusivos de negação de condutas perversamente ontológicas. (GARCIA; VALLE, 2017, p. 187)

Observe-se, dessa maneira, que ainda havia a necessidade, no constitucionalismo garantista, de conjugar legalidade e legitimidade, vez que a norma constitucional, para que fosse

válida, deveria ser não apenas emanada por autoridade com competência para tal, mas também limitada materialmente, inadmitindo conteúdos contrários à dignidade da pessoa humana, o que em boa medida atribuiu ao ordenamento jurídico a posição privilegiada de garantidor de um regime democrático. Em abono a esse entendimento, Ferrajoli assevera:

Sob este aspecto, podemos falar de um nexo entre democracia e positivismo jurídico que se completa com a democracia constitucional. Este nexo entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto, devemos reconhecer que somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica está em grau de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos. (FERRAJOLI, 2012, p. 23)

Perceba-se, portanto, o recorte que se estabelece, para fins deste trabalho, à expressão constitucionalismo garantista: a falência da percepção unilateral, vale dizer, de um modelo estribado unicamente na validade formal das normas constitucionais, primando, dessa maneira, por um condicionamento recíproco entre os aspectos ontológico e deontológico na feitura e aplicação do Direito. Nesse sentido, salutar a lição de Benítez:

Na perspectiva da política do direito o garantismo propõe uma incessante busca de aperfeiçoamento da legitimidade jurídica e política sob responsabilidade dos juristas e operadores do direito que terão de agir entre as “verdades jurídicas” (normatividade) e as “verdades fáticas” (efetividade). O eixo condutor proposto é a primazia tutelada da pessoa humana e seus direitos de liberdade e de segurança coletiva. O estado é um meio instrumental a ser operacionalizado através da contraposição entre as concepções éticas e técnicas de suas instituições políticas. (BENÍTEZ, 2006, p. 113)

Previna-se, contudo, que a despeito da referida delimitação remontar ao supracitado autor italiano, não há, por parte do pesquisador, assimilação sem adequações da teoria, especialmente quando à peculiar visão de Ferrajoli (2012) da incomunicabilidade entre Direito e moral, que, na perspectiva adotada na escrita desta tese, afigura-se como insustentável, como se terá a oportunidade de constatar no item 4.1, vindouro. Considerações feitas sobre o garantismo, passa-se, agora, ao principialismo.

O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo principialista, fundado em ideais jusnaturalistas, remete a meados do século XX, ao fim da Segunda Guerra Mundial, como reconhecimento da falibilidade do positivismo para solver as intrincadas problemáticas sociais, que demandam, para além do positivismo estrito das normas jurídicas, garantias de justiça social e individual (cf. FERRAJOLI, 2015). Houve, por assim dizer, a emancipação dos valores nos sistemas jurídicos ocidentais, promovendo a imbricação entre Direito e moral. Para Ferrajoli, essa postura se notabiliza pelos seguintes aspectos:

Este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela conseqüente concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. (FERRAJOLI, 2012, p. 21)

Dessa maneira, tem-se que a inserção de normas-princípio, dotadas de forte apelo axiológico, e por isso mesmo mais “vagas”, no sentido de abstratividade que as regras (ÁVILA, 2005), permitiu, senão o aparecimento, mas ao menos o fortalecimento de prática até então não muito difundida na teoria do Direito e em sua aplicação, qual seja, a maleabilidade ou ponderação das normas, alargando ou reduzindo o alcance das mesmas, apanágio dos princípios, dada a constante colisão destes.

Ademais, ainda sob o prisma traçado pelo referido autor, é lícito inferir que o constitucionalismo principialista conferiu desmedida força a um Direito fruto da atividade judicial. Ainda quanto ao que se há de entender por neoconstitucionalismo, salutar a lição de Cademartori e Duarte:

Em realidade, o neoconstitucionalismo pretende ser uma teoria que se opõe às duas teses mais importantes do positivismo conceitual, ou seja, a tese das fontes sociais do direito e a não conexão entre o direito e a moral. Sob esse aspecto, pode-se melhor entender este pretensão novo paradigma do direito através da análise das suas diferenças fundamentais com o paradigma positivista clássico. Uma interessante descrição daquilo que por ele é designado como pós-positivismo é empreendida por Calsamiglia, podendo esta ser resumida a partir da análise que o jurista catalão realiza considerando o que ele entende serem as duas teses fundamentais do positivismo e seu questionamento sob uma ótica pós-positivista, vale dizer, neoconstitucional para efeitos da terminologia que aqui se quer adotar. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 41-42)

À luz do que foi dito até este instante sobre essas duas posturas, em tom sintetizador, com arrimo em Ferrajoli (2012; 2015) entende-se ser adequado asseverar que entre os principais traços distintivos encontram-se a rígida separação entre Direito e moral, assim como a ideia de subsunção na aplicação do Direito no caso concreto, no garantismo; a seu turno, verifica-se a sobrelevação normativa dos princípios e a ideia da possibilidade de aumento ou diminuição do alcance destes (ponderação), caso a caso, de acordo com circunstâncias próprias, no neoconstitucionalismo.

Ferrajoli, filiado ao garantismo jurídico, alude a possíveis problemas que da postura principialista podem decorrer, quais sejam:

[...] (1) uma espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo conhecido como cognitivismo ético; (2) o enfraquecimento do papel normativo das Constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; (3) o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição. (FERRAJOLI, 2012, p. 27)

É bem verdade que o neoconstitucionalismo possibilitou o protagonismo judicial, em especial na realidade brasileira (STRECK, 2013b). No entanto, entende-se que tal fenômeno deu-se menos por culpa da doutrina principialista em si do que pela recepção inapropriada da mesma pelos juristas (MORAIS, 2018), dada a deturpação do caráter axiológico dos princípios,

que, de fato, caso não sejam fixados previamente os devidos limites na ponderação, oportunizam condutas mais ativistas. Reitere-se, ainda, que esse desvirtuamento do principialismo se deve em boa medida à própria problemática da ponderação de Alexy (HABERMAS, 1997), consoante discutido no item 3.2.1.

Feitas as considerações acerca do garantismo e do principialismo jurídico, com o propósito de contextualizar o leitor na temática, cabe agora tentar responder à indagação se há ou não relação de exclusão necessária entre as mesmas.

Com base no que foi exposto, identifica-se que a ideia central do garantismo é conferir um mínimo invulnerável às pessoas ante as injunções do poder público (FERRAJOLI, 2015), sejam essas arrazoadas ou desarrazoadas; vale dizer, busca equilibrar a relação tipicamente vertical existente entre o caráter diretivo, dotado de exigibilidade garantida, apanágio do Estado, e a necessidade de o ser humano emancipar-se (ROSA, 2012), pouco importando se essa libertação demandará atos comissivos ou omissivos do Estado.

Desse propósito decorre ser o garantismo, ao menos em potencial, mecanismo assecuratório, ainda que em concorrência com outros fatores, de práticas interpretativas autorrestritivas, uma vez que busca rechaçar arbitrariedades, sejam estas oriundas das funções de governo estrito (Legislativo e Executivo), sejam decorrentes de provimentos jurisdicionais, ambas desapegadas de vínculos. Entretanto, para que possua êxito em seu intento, não basta teorização (STRECK, 2012), havendo que se dedicar especial atenção ao estabelecimento de limites ao ato de julgar em si, na prática.

Tal se dá porque se concebe, nos moldes estabelecidos nessa tese, que haverá no ato decisório do julgador discricionariedade, em maior ou menor medida; não havendo como anulá-la, porquanto decorrente da própria natureza humana o ato de “tomar partido” (JAPIASSU, 1975); o que se pode trabalhar é como reduzi-la a níveis toleráveis, determinar raias dentro das quais o intérprete possa “mover-se” sem ultrapassar as linhas do aceitável (PERELMAN, 1998), sejam quais forem estas, mas que devem ser estabelecidas segundo a situação de uso.

Deve haver um limite na linguagem idôneo a vedar o absurdo, que caucione, a um só turno, o saudável entendimento do juiz, evitando que sua percepção a respeito das normas jurídicas não fosse obnubilada por uma sensação de assenhoreamento (STRECK, 2013b) do sentido das mesmas, vez que não são desejadas práticas de subserviência integral à literalidade da norma, pois isso seria negar o caráter inovador da interpretação, mas também uma liberdade criadora total seria desastrosa, pois o objeto de análise – a norma jurídica – passaria a confundir-se com o próprio sujeito cognoscente. Consequência: haveria o retorno ao paradigma semântico,



representacional (SILVA, 2017), de há muito superado pela perspectiva filosófica da Hermenêutica, estada em Gadamer (2011a).

O grande desafio que se impõe é o de, na superação do positivismo exegético do século XIX (STRECK, 2011), onde inexistia – ou existia de maneira muito reduzida – liberdade interpretativa, limitar, “domar” a inarredável subjetividade do indivíduo, pois que esta – a subjetividade – é o que constitui a essência do “sujeito”, e se se compreende que a essência é a natureza de algo, e mais precisamente nesse contexto, do ser humano, sendo aquilo que lhe caracteriza como tal (VOEGELIN, 2007), negá-la seria negar o próprio ser humano.

Tais considerações podem afigurar-se como óbvias, mas por vezes perceber o óbvio é trabalho dos mais complexos (STRECK, 2014a). A tarefa, da maneira como se apresenta, é garantir a liberdade interpretativa respeitando a estrutura de base da norma, sendo esse o ponto nevrálgico dos processos de tomada de decisão no Direito, e por isso mesmo é premente estabelecer qual(is) seria(m) esse(s) limite(s) interpretativos, que a um só tempo possibilitariam a liberdade referida, moldando o Direito às novas exigências decorrentes do tempo e do espaço, com a garantia de não deturpação da norma.

O posicionamento ora exposto, a saber, o da inafastabilidade da discricionariedade do intérprete, encontra em Streck um opositor, conforme se infere do excerto abaixo:

[...] para mim, o direito do Estado Democrático de Direito supera a noção de “fontes sociais”, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito constante nas Constituições não vem a reboque dos “fatos sociais”, e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade (o direito é transformador). Isso é facilmente detectável nos textos constitucionais pós-Auschwitz. Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes (princípios, tecnologias [regras], doutrina e jurisprudência, fechando com uma norma de decisão), uma vez que a Constituição será o *locus* da construção do direito dessa nova fase do Estado (Democrático de Direito). Consequentemente, não mais podemos falar em qualquer possibilidade de normas jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas. (STRECK, 2012, p. 76)

A tentativa de Streck (2013b) de negar a discricionariedade na interpretação do Direito, sob o argumento que os preceitos constitucionais legados pelo pós-Segunda Guerra dirigiriam o proceder do intérprete afigura-se como insustentável, pois se é certo que não se pode interpretar de qualquer modo – e isso jamais foi defendido neste trabalho, muito pelo contrário –, não é menos exato que no ser humano inexistente neutralidade (JAPIASSU, 1975); o que o mesmo deve é na maior proporção possível imparcial.

Talvez esse equívoco derive da identificação que Streck (2013b) faz de discricionariedade com arbitrariedade, tomando as duas realidades como se sinônimas fossem. Parece desconsiderar que juízos discricionários comportam valorações legítimas, ao passo que arbitrariedade vincula-se a ilicitudes. Somente assistiria razão a Streck (2013b) caso a negativa

à discricionariedade significasse negar ao hermenêuta liberdade plena, de interpretar como bem quisesse. Mas ainda assim observe-se que a subjetividade estaria presente, embora atenuada.

A limitação própria do humanamente possível (JAPIASSU, 1975) faz com que se torne impossível impedir que os intérpretes, especialmente quando da atribuição de efeitos concretos da norma a desnaturem: não há limite constitucional imposto que consiga “dar jeito” nessa situação! Isso porque inexiste teoria, por melhor que seja, capaz de “obrigar” quem quer que seja a utilizá-la. Não seria melhor tentar “frear” a subjetividade, ao invés de tentar infaustamente acabar com aquilo que distingue o ser humano enquanto ser humano?

Aos que se insurgirem contra esta posição – e o pesquisador devota sincero respeito aos posicionamentos divergentes –, alegando padecer de uma utopia romântica, o que faria com que fosse falha de subsídios teóricos, incumbe imperativamente solver a questão da exequibilidade da “limitação intrínseca” consignada nas Constituições democráticas ocidentais (FERRAJOLI, 2012) pós-meados do século XX. E isso não foi feito! É bem verdade que a Constituição há de ser concebida, ao menos ficticiamente, de força normativa interna mínima (HESSE, 1991), o que não significa, em absoluto, impossibilidade de violação. Nesse sentido, observe-se Hesse:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p. 13)

A própria criação das normas constitucionais pretensamente balizadoras já vem carregada, em maior ou menor grau, de subjetividade (STRECK, 2012). Os critérios propostos por esta tese, a serem visitados no capítulo 4 reduziria a problemática da subjetividade (JAPIASSU, 1975); no entanto, defender a “retirada” integral da discricionariedade afigura-se como inexecutável, escapando ao ser humano em sua infinita falibilidade.

Em assim sendo, por que preferir um posicionamento que nada explica a outro que se presta a explicar e sugerir critérios que ajudariam a solver – ou “domar” – o problema da subjetividade na interpretação do Direito? O próprio Streck admite isso, contrariando-se em sua posição:

O juiz/intérprete não está, como na tese habermasiana, desonerado de elaborar discursos de aplicação (*Andwendungsdiskurs*). Claro que não. Como venho referindo, a hermenêutica (por mim trabalhada em *Verdade e consenso*, a partir de um constructo das teses de Gadamer e Dworkin) não abre mão do sujeito da relação, enfim, do sujeito que lida com objetos. O que está superado é o esquema sujeito-objeto (S-O), responsável pelo sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) que sustenta as posturas

subjetivistas-axiologistas da maioria das teorias do direito mesmo no século XXI. Na hermenêutica, há um efetivo controle da interpretação, a partir da tradição (da autoridade desta), da obrigação da coerência, da integridade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais que podemos chamar aqui de virtudes soberanas, em homenagem a Dworkin. (STRECK, 2012, p. 79)

E assim é, pois que não se pode inovar na interpretação do Direito sem o mínimo de subjetividade— limitada, por óbvio, estabelecendo balizas —, dado o mito da neutralidade (JAPIASSU, 1975) em temas humanos, e combater essa ideia contraria as próprias teorias de Gadamer (2011a; 2011b) e Dworkin (1980; 2005), que Streck, em reiteradas passagens de diversas de suas obras (STRECK, 2011; 2012; 2013a; 2013b; 2014a; 2014b; 2017; 2018) assume seguir, inclusive no trecho supracitado, em função de o consectário lógico ser o retorno ao paradigma semântico, de sentido prévio das normas, contra o qual justamente o referido autor diz se insurgir. Trata-se de grande contradição do mesmo, portanto, negar de forma tão veemente a discricionariedade nas práticas interpretativas.

Assim, não há, segundo compreende-se, incompatibilidade entre a aplicação do Direito inspirado em valores (típico do paradigma principialista) e um ordenamento jurídico baseado no constitucionalismo garantista, em função da superação da divisão estanque entre Direito e moral (FERRAJOLI, 2012), vez que se comunicam, ainda que em um processo prévio.

Também tal superação se dá pelo fato de o legislador não estar livre para fazer o que apenas o que lhe seja aprazível, sem limites, como sucedia no cognominado “paleojuspositivismo”, em alusão a Ferrajoli (2015), especialmente em tempos de um Direito democraticamente construído, em Constituições programáticas, comprometidas com princípios fundantes e inafastáveis, que vinculam a aplicação do Direito no caso concreto.

Nesse sentido se afastam decisionismos, e com isso os valores não seriam elementos de deturpação da estrutura de base das normas (SILVA, 2017); ao revés, as garantiriam, o que não implica em assumir a redução do Direito a fatos previamente valorados, até porque, caso assim fosse, todos os juízos jurídicos seriam morais, o que, segundo entende o pesquisador, não se passa.

A diferença, que constitui a garantia contra decisionismos, é que com essa fórmula — a da filtragem dos valores morais, de cunho individualista, por princípios objetivos estabelecidos previamente pela Constituição, daí coletivos — evita-se, ou ao menos tende-se a reduzir significativamente, um Direito forjado no ideário moral do julgador (STRECK, 2013b), que na realidade pouco ou nada de jurídico teria, vez que não seriam mais que as inclinações pessoais do intérprete, em razão da inarredável e, por conseguinte, vinculante, ideia de

coerência e integridade trazida por uma Hermenêutica construída em um contexto de constitucionalismo democrático.

## 4 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS EM ESPÉCIE IDÔNEAS A ENGENDRAR POSTURA DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

4.1 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL: QUAL O *LOCUS* A SER OCUPADO POR JUÍZOS MORAIS? 4.2 A AMPLIAÇÃO DO CÍRCULO DE INTÉRPRETES: A LEGITIMIDADE HERMENÊUTICA DE TODAS AS PESSOAS DESTINATÁRIAS DO DIREITO, E NÃO APENAS DE QUEM DETÉM O CONHECIMENTO TÉCNICO JURÍDICO. 4.3 A OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL SE CONSTITUIR EM TEORIA GERAL APLICÁVEL AOS FUTUROS CASOS SEMELHANTES: UMA INDECLINÁVEL EXIGÊNCIA PARA A CONSECUÇÃO E MANTENÇA DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. 4.4 SÍNDROME DE DONA FLOR OU DE COMO A HERMENÊUTICA JURÍDICA NECESSITA DE TEODORO E VADINHO.

Este capítulo final possui por escopo sugerir parâmetros minimamente objetivos que possam servir de bússola àqueles que buscam conferir à interpretação do Direito, visceralmente ligada à sua aplicação concreta – em que pese o fato de inexistir vedação à sua interpretação em abstrato –, uma previsibilidade mínima, distinta do consequencialismo da AED, que de previsibilidade possui apenas verniz, pois o que possibilita é tão somente o robustecimento de voluntarismos, como discutido no capítulo 2.

### 4.1 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL: QUAL O *LOCUS* A SER OCUPADO POR JUÍZOS MORAIS?

Notadamente em tempos de crises morais torna-se bastante tentador ceder à adoção de posturas “justas” (STRECK, 2017) na aplicação do Direito, recorrendo-se a critérios de equidade. Há uma atração irresistível à órbita dos critérios de justiça, reforçada ainda pela grande receptividade que tais posicionamentos possuem junto à opinião pública.

No entretanto, não se pode olvidar que por mais que o propósito seja nobre – fazer justiça – nada garante que o senso de justiça do julgador, que é individual, seja o mais adequado. Como se isso não bastasse, muitas vezes a opinião pública, diante de fatos de grande repercussão, em especial crimes cometidos contra pessoas em situação de vulnerabilidade, tende a deixar aflorar sentimentos e ações os mais primitivos, como lançar mão de mecanismos de defesa (para si ou para outrem) por si, ou, dizendo de outra forma, “fazer justiça com as próprias mãos”.

Tende-se a querer negar direitos aos criminosos. Todavia, não se pode esquecer que o Direito se aplica até mesmo àqueles que o transgridem, e por mais que seja difícil convencer a opinião pública do contrário, o jurista deve ter o autocontrole para distinguir essas situações. E

ceder às tentações citadas, com todo o apoio que se angaria da opinião pública não se afigura como o meio mais razoável.

Não se pode, pois, conferir às decisões dos pretórios fundamentações esteadas em juízos de ordem moral e, portanto, eivadas por máculas oriundas de percepções puramente ou em grande parte pessoais (SILVA, 2017). Assim, em razão da aproximação dos valores jusnaturalistas, urge indagar: terão os juízos morais vez no Direito? E se sim, em qual “setor”? Será lícito fundamentar as decisões no Direito Natural, somente? É o que se passa a discutir a partir de então.

Inicialmente, assume-se aqui a postura segundo a qual os direitos são deferidos não porque são moralmente aceitáveis, mas sim por uma questão de política legislativa (FERRAJOLI, 2015), e que a Moral, as exigências de justiça, possuem espaço no Direito, mas em uma fase de pré-positivação deste, inspiradora do Direito a ser posto; aliás, esta é a função do Direito Natural, supedâneo maior da perspectiva neoconstitucionalista, de cunho principialista, que possui a justiça e a correção moral como ideais a serem alcançados.

Observe-se que em momento algum se nega que os ideais jusnaturalistas devam estar presentes no ordenamento jurídico e, como consectário lógico, na interpretação de suas normas, até porque um sistema jurídico inspirado apenas no “paleojuspositivismo” ao qual alude Ferrajoli (2015), desprovido de quaisquer limites e vínculos, pode pavimentar o caminho para a implantação legítima – sob o prisma formal, diga-se – de regimes totalitários. Nesse sentido, é salutar recorrer a Aquino (*Suma de Teología*, II-II (b), C. 122, Art. 1, *Obj.* 1-2):

1. La intención del legislador es hacer a los ciudadanos virtuosos en todas las virtudes, según leemos en II Ethic. ; por eso también se dice en V Ethic. que la ley preceptúa sobre todos los actos de todas las virtudes. Pero los preceptos del decálogo son los primeros principios de toda la ley divina. Por tanto, los preceptos del decálogo no se refieren solamente a la justicia.

2. Más aún: a la justicia parecen pertenecer sobre todo los preceptos judiciales, que se contraponen a los morales, como queda dicho (1-2 q.99 a.4). Pero los preceptos del decálogo son preceptos morales, como consta por lo antedicho (1-2 q.100 a.3). Luego los preceptos del decálogo no son preceptos de justicia. **Respuesta a las objeciones:**

1. A la primera hay que decir: La ley intenta hacer a todos los hombres virtuosos, pero dentro de un orden, es decir, proponiendo en primer lugar los preceptos sobre aquellas materias en las que es más evidente la razón de deuda, como queda dicho (sol.). 2. A la segunda hay que decir: Los preceptos judiciales son determinaciones de los preceptos morales en cuanto referidos al prójimo, lo mismo que los preceptos ceremoniales son determinaciones de los preceptos morales referidos a Dios. De ahí que ni unos ni otros se contienen en el decálogo, aunque sí son determinaciones de los preceptos del decálogo. En este sentido pertenecen a la justicia<sup>95</sup>. (*Suma* II-II (b), C. 122, Art. 1, *Obj.* 1-2)

<sup>95</sup> “1. A intenção do legislador é tornar os cidadãos virtuosos em todas as virtudes, como lemos na II Ética. ; É por isso que também é dito em V Ethic. que a lei prescreve sobre todos os atos de todas as virtudes. Mas os preceitos

No entanto, pugna-se que os aspectos jusnaturalistas devem ser apriorísticos, inspiradores, ou seja, pré-Direito Positivo, pois querer atribuir conotação de justiça via interpretação pós-positivação das normas jurídicas por meio das quais aquele se exprime, é apenas julgar de acordo com os pendores do sujeito (STRECK, 2014b), o que custa a crer seja desejado, vez que se assim fosse a sociedade ficaria refém de grande contingência, qual seja, a de que todos os integrantes do Judiciário fossem pessoas bem-intencionadas.

Sucedem que sejam seres bem ou mal-intencionados, o jurisdicionado possui o direito de uma decisão fundamentada com base nos cânones estabelecidos no ordenamento jurídico, e não com base em subjetivismos (cf. STRECK, 2014b). Como exemplo dessa postura decisionista, tem-se a negativa de o réu ser posto em liberdade após condenação em órgão colegiado (condenação em segundo grau), mesmo quando ainda haja possibilidade recursal<sup>96</sup>, afrontando o princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência<sup>97</sup>.

---

do decálogo são os primeiros princípios de toda a lei divina. Portanto, os preceitos do decálogo não se referem apenas à justiça.

2. Além disso: a justiça parece pertencer acima de tudo aos preceitos judiciais, que são opostos à moral, como declarado acima (1-2 q.99 a.4). Mas os preceitos do decálogo são preceitos morais, como declarado acima (1-2 q.100 a.3). Então os preceitos do decálogo não são preceitos da justiça.

**Resposta à objeções:** 1. A princípio, deve-se dizer: A lei tenta tornar todos os homens virtuosos, mas dentro de uma ordem, isto é, propondo primeiro os preceitos sobre os assuntos em que é mais evidente a razão da dívida, conforme declarado (sol.). 2. À segunda lei, há que se dizer: preceitos judiciais são determinações de preceitos morais no que diz respeito a outros, assim como preceitos cerimoniais são determinações de preceitos morais referentes a Deus. Portanto, nenhum deles está contido no decálogo, embora sejam determinações dos preceitos do decálogo. Nesse sentido, eles pertencem à justiça. (AQUINO, *Suma de Teología*, tradução nossa)

<sup>96</sup> Observe-se o entendimento do STF, em outubro de 2016, quando da análise do *habeas corpus* nº 126292, pelo plenário, de (im)possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância: “Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)\* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autores das ações, pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. Alegaram que o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, em fevereiro deste ano, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, vem gerando grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, porque, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O caso começou a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Contudo, com a retomada do julgamento na sessão desta quarta-feira (5), prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 11 out. 2019.)

<sup>97</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 11 out. 2019.)

A postura moralista<sup>98</sup> se funda basicamente nos seguintes “argumentos jurídicos”: é muito provável que a pessoa que possui sentença criminal condenatória confirmada em órgão colegiado seja realmente culpada; uma inexpressiva fração dos réus que possuem condenação em instância revisora conseguem reverter sua sorte em tribunais superiores, e permitir a liberdade seria julgar levando em consideração a exceção, e não a regra; permitir que tais pessoas recorram em liberdade pode despertar na sociedade um sentimento de impunidade, ante a sabida morosidade de nossos pretórios<sup>99</sup>.

Concorda-se aqui com a plausibilidade de todos os argumentos moralistas ventilados. No entanto, há apenas um problema com os mesmos, que os torna afastáveis de plano: são todos argumentos de cunho moral, apenas, e não jurídicos. Isto pelo fato de a Constituição da República Federativa do Brasil consagrar em seu texto o preceito da presunção de inocência, tratado há pouco.

É verdade que há situações excepcionais trazidas pelas legislações penal e processual penal que possibilitam a prisão<sup>100</sup>; não é o que se questiona aqui, pois o cerne da argumentação é afirmar que peremptoriamente condenados em segunda instância criminal não poderiam recorrer em liberdade.

Os “argumentos” pró-encarceramento apenas seriam válidos se houvessem informado a feitura da norma constitucional, ou seja, tivessem embasado a sua feitura, o que presentemente

---

<sup>98</sup> Como exemplo tem-se o voto do ministro Luís Roberto Barroso, ainda adotando por base o *habeas corpus* nº 126292: “Seguindo a divergência, o ministro defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura. “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”, afirmou. “A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”. Barroso contextualizou a discussão citando exemplos para demonstrar que o entendimento anterior do STF sobre a matéria não era garantista, “mas grosseiramente injusto”, e produziu consequências “extremamente negativas e constatáveis a olho nu”. Entre elas, incentivou à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, a seu ver, contribuiu para aumentar a criminalidade.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 11 out. 2019.)

<sup>99</sup> Para verificar a íntegra dos votos dos ministros, com as respectivas argumentações, plenamente desenvolvidas, recomenda-se consulta ao site <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>.

<sup>100</sup> Nesse sentido é o artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 3.689/1941): “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).” (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 11 out. 2019.)



não ocorreu; se querem ser aplicados, que se faça outra Constituição, porque enquanto essa estiver vigente, não deveria ter vez o entendimento.

Esse o panorama geral da discussão. No entanto, com o fito de se verificar a possibilidade de interação metodológica dos juízos jusnaturalista e juspositivista, procede-se desde esse instante à análise de aspectos centrais do Direito Natural e a necessidade de este se radicar na gênese do Direito Positivo, vez que aquele é, em sua essência, anterior e inspirador deste, e decorre como corolário essa sua “localização” prévia.

O Direito Natural, consoante Vasconcelos (2000) adquiriu diversos sentidos ao longo do tempo e do espaço, desde sua perspectiva clássica, na experiência grega, sendo célebre a sua formulação em “Antígona”, de Sófocles, caracterizado pela transcendência valorativa escapável ao ser humano, imutável e universal, reflexo da natureza humana, tendo sua percepção transmutada pelos estoicos, de forte influência no Direito Romano, para os quais seu fundamento residiria em uma ordem racional e útil para o universo, com traços de eternidade e divindade, capaz de induzir ações conforme a virtude; e após com autores do vulto de Tomás de Aquino, Thomas Hobbes e contemporaneamente em John Finnis (2007), este último conferindo o caráter de cientificidade necessário, despindo o Direito Natural do caráter de misticismo que por tempos acompanhou essa realidade jurídica. Não experimentou, pois, perspectiva unívoca.

O principal elemento a ser superado por quem defende a existência do Direito Natural é de ordem metodológica (VASCOLCELOS, 2000), e nesse diapasão, imperiosas se fazem as respostas a algumas indagações, a saber, qual a origem das leis naturais?; são captáveis por todos?; qual é seu conteúdo?; qual seu *status* ontológico?; como sendo o homem limitado por seu contexto histórico consegue captar seu conteúdo, que é a-histórico?

Dito de outra forma, há que se responder a estas perguntas, porque em caso contrário o discurso padeceria de um vazio insanável. É precisamente por isso que se examinará a essas questões.

As leis naturais têm sua gênese a partir do momento em que surge o homem em seu sentido social (FINNIS, 2007), ou seja, a partir da conduta humana em sua interferência intersubjetiva inclinada a dirigir sua conduta à expectativa dos demais, para a harmonização da vida social. Assim, a relação de Direito Natural é uma relação também social, entendendo-se esse jusnaturalismo como a busca de uma justificação nas inclinações racionais do homem, fazendo a identificação dos bens básicos não morais.

Dessa forma, não pode o jusnaturalismo prescindir da socialidade (FINNIS, 2007), não constituindo nenhuma impropriedade afirmar que as leis naturais surgem com o homem em seu

sentido social, porque este nunca deixou de viver em sociedade (*ubi societas ibi ius*), em maior ou em menor proporção, ao longo da história. Por isso mesmo, as leis naturais, por possuírem essa característica essencial (coexistência pessoal) devem ter tal nomenclatura, e não outra, e não se há de olvidar que as leis naturais imprimem conteúdo moral nas ações e compromissos humanos devidos a valores de base escolhidos.

Hobbes (2000), a seu turno, acreditava que o Direito Natural apenas conduziria à guerra de todos contra todos, e à destruição mútua, sendo imperiosa a criação de um Direito Positivo ou de um contrato social, por meio do qual se pudesse garantir através de um poder centralizado para estabelecer normas jurídicas de convivência e paz.

De acordo com HOBBS (2000), as leis naturais derivam da natureza “desejosa” do homem, da obtenção da glória, mas desde que se baseie em uma imagem adequada de si mesmo, porque do contrário esta seria uma glória vã, e, portanto, potencialmente desencadeante de um estado beligerante. Assim, seria muito natural que o homem buscase a satisfação de seus interesses. Essa natureza “desejosa”, então, seria considerada indispensável para a existência humana, vez que o desejo seria o móbil impulsionador da vida.

No estado natural o homem teria direito a tudo o que lhe apeteceria, mas sobretudo teria direito ao que aquilatasse necessário à sua conservação (cf. HOBBS, 2000). Observa-se, pois, a gênese das leis naturais, vale dizer, a grande inclinação de homem tendente a recorrer a todos os esforços necessários para manter sua sobrevivência e preservação pessoal.

Dessarte, seria o desejo a medida do movimento humano visando a consecução de algo, v.g., a inclinação natural ao instinto de conservação. Para Hobbes (2000), as leis naturais estimulariam as pessoas a desejar a realização de seus próprios interesses. A passagem do desejo de realização para a realização propriamente dita se efetiva apenas quando se está seguro o suficiente para crer que podem ser satisfeitos sem causar danos a si próprio.

Disso decorre as leis naturais obrigarem condicionalmente, ou seja, com a condição que sua realização não importe em prejuízo ao indivíduo. Como se percebe, o princípio utilitário da moral de Hobbes (2000) também aparece neste ponto, pois se as leis naturais não prescrevem as boas ações em si mesmas, e muito menos fazem referência à sanção divina, mas são um simples meio para lograr êxito em determinado propósito vital, então seria contraditório que aqueles que as executam retirem delas um prejuízo, e não uma utilidade.

Em outros termos, uma vez que as leis naturais não são absolutas, mas relativas em relação a dada finalidade, a obrigação que delas deriva não é incondicional, mas condicionada à obtenção de um fim. Dito isso, ressaí o questionamento: quando o homem será mais capaz de atuar de acordo com a lei natural sem sofrer nenhum dano?

Consoante Bobbio (2004), a resposta seria quando houver a segurança que o outro ser faça o mesmo; no entanto, esta segurança apenas pode ocorrer em um estado civil, ou seja, naquela situação na qual as ações dos homens já não se impõem condicionalmente, e sim incondicional. Tal significa que o homem está obrigado a fazer o que as leis naturais prescrevem somente quando estas se convertem em leis civis, porquanto passam a ser dotadas de exigibilidade garantida.

A conclusão é que as leis naturais, que provêm, segundo a perspectiva de Hobbes (2000), da natureza desejosa do homem, cujo apelo se produz quando da lista de modelos de conduta dominante, dirigidos pela lei natural mesma, muito inspiram o Direito Positivo, que proporcionará a cogência aos preceitos naturalmente estabelecidos pelas leis naturais (VASCONCELOS, 2000), possivelmente considerados de maneira distinta, destaque-se, a livre interpretação dos preceitos naturais primários, v.g., vida, liberdade, preservação pessoal etc., que por este ato hermenêutico se convertem em preceitos secundários e, logo, cambiáveis pelo contexto de espaço e tempo no qual o intérprete esteja inserido, ou o horizonte hermenêutico.

É de relevo destacar a lição de Aquino (*Suma de Teología*, II-II (b), C. 122, Art. 1, *Obj.* 3-4), segundo a qual a lei natural e a lei humana – ou positiva – estão estreitamente relacionadas, dado o fato que as leis elaboradas pelos homens se baseiam na lei natural, como fazer o bem e evitar o mal, por exemplo. São preceitos captáveis pela razão, mas que todavia podem – e não necessariamente serão – ser consagrados pelo Direito Positivo, pois algumas pessoas, devido aos vícios naturais da humanidade, raramente se guiarão pela persuasão.

Portanto, faz-se necessário vinculá-los por meio de força legítima (ZAGREBELSKY), sem o que a vida em sociedade se inviabilizaria; se no entanto se fizesse dessa obrigatoriedade uma prática reiterada, tais indivíduos com flexibilidade de caráter, ainda que lentamente, tenderiam a tornar-se virtuosos, pelo hábito de evitar o mal. Seja como for, o que se há de perceber é que os juízos morais e de justiça no Direito possuem local específico, a saber, no momento de “confeção” do Direito Positivo.

No entanto, qual é o conteúdo das leis naturais a inspirarem o Direito positivo? As leis naturais possuem conteúdo ético (FINNIS, 2007), e o proporcionam ao Direito Positivo. Tal conteúdo constitui-se em elemento adequado para estabelecer o vínculo entre a abstração própria da norma positiva com a realidade social normada (SOARES, 2010), que anseia respostas normativas moralmente apropriadas. Para que haja uma norma jurídica, sob esse prisma, é suficiente que a sociedade atribua valor a um objeto em particular e o proteja com mecanismos eficazes que permitam alcançar o máximo grau em potencial da violência legítima contra aquele que excede os limites socialmente impostos.

REALE (1976, p. 238) identifica três dimensões no Direito, a saber, “Fato, valor e norma; elementos estruturados dialeticamente, pois fato sem valor jurídico não se subsume a uma norma; a norma é o resultado dos fatos valorados, e fato associado à norma onde se retira a relevância social da conduta é norma em desuso.”

O Direito é, portanto, fenômeno social (FINNIS, 2007) apreensível quando se quer estudar uma sociedade desde suas estruturas de convivência, sendo mesmo o complexo normativo do ponto de vista diretivo de uma sociedade; diretivo no sentido de conduzir as pessoas para os pendores naturais e coibir e reprimir condutas desviantes, normais, na vida social, ou dito de outra maneira, é o Direito a estruturação proporcionadora da vida social, sob os preceitos das leis naturais, que são verdadeiras leis “físicas” da sociedade (FINNIS, 2007).

As leis da física social (BENOIT, 2006) não são as mesmas leis que regem os fenômenos físicos e biológicos; aquelas são leis que coexistem com estas. As leis naturais que se centram em humanos sofrem limitações do meio físico-biológico, mas possuem caráter racional e natureza discursiva (ZAGREBELSKY, 2008), ou seja, impera uma dimensão axiológica, cuja existência está relacionada com o contexto cultural e cronológico de uma dada sociedade, em oposição às leis físicas e biológicas, que são leis sem história e sem contexto, porque a água, por exemplo, sempre terá em sua composição duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio.

Merece destaque que a consciência de um certo condicionamento histórico sobre os direitos naturais é um fato da vida que não pode ser ignorado (FINNIS, 2007), mas esta percepção vem recebendo uma postura em sua versão evolutiva aplicada às ciências sociais, ou seja, o historicismo em suas imbricações com o social é fundamental para que o Direito seja aplicado, em maior ou em menor grau, de acordo com as constantes racionais presentes na física social.

Exemplificativamente, o direito à vida é uma constante que em diversos momentos e contextos históricos é inadvertidamente ignorada e, em outros, como na ordem constitucional brasileira hodierna<sup>101</sup>, eleva-se à categoria de direito fundamental, consoante se depreende de seu artigo 5º; no entanto, partindo do pressuposto que nenhum direito, nem mesmo o direito à vida (inciso XLVII<sup>102</sup>), se reveste de contornos absolutos, pode ser relativizado, mas apenas de maneira excepcionalíssima, como no caso de guerra declarada, e ainda assim desde que

---

<sup>101</sup> O vocábulo “hodierno”, para os fins da presente investigação, deve ser compreendido adotando-se o marco temporal da segunda metade da segunda década do século XXI.

<sup>102</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14 out. 2019.

preenchidos os estritos requisitos estabelecidos pela Carta Magna de 1988 (artigo 84, inciso XIX<sup>103</sup>).

Ante esse quadro, no qual se observa o Direito como tema da realidade histórica condicionada às leis físico-biológicas e racionais, faz-se uma pergunta: que leis racionais e naturais são essas? Pode-se dizer que são as que recebem proteção constante, embora sob acepções diversas, como a vida, o conhecimento, a sociabilidade, a razão prática, o que não constitui rol exaustivo. Nesse sentido esclarece Finnis:

Ao referir-se à ideia de posse, insistimos em uma ideia de sentido comum, e, também com embasamento no mesmo sentido comum se pergunto: qual o direito que encontra seu fundamento na realidade natural físico-bio-racional? A vida é ao mesmo tempo a posse que pressupõe todas as posses e o pressuposto ontológico de qualquer posse; é ao mesmo tempo base formal e material de todos os demais direitos. Possuindo a vida postulamos a liberdade; para desfrutar de uma e outra necessitamos pelo menos de duas posses ou propriedades fundamentais: a primeira é a posse da vida mesma, e a segunda é a liberdade de ter livre alvedrio com seu próprio destino. (FINNIS, 2007, p. 78)

Nesse sentido, todos os direitos são humanos, porque todos estão subordinados à vida, à liberdade e à propriedade; basta suprimir um e os demais desmoronarão. Frente a estas verdadeiras leis naturais (vida, liberdade) é que a ordem jurídico-positiva deve submeter-se, venerando a ideia de justiça, a proporcionalidade, porque a justiça é diretamente ou inversamente proporcional qualitativa e quantitativamente, em função do bem valorado juridicamente, seja ele material ou intelectual. No entanto, veja-se que em que pese os ideais jusnaturalistas informarem o Direito Positivo, conferindo-lhe o fundamento ético, seu *locus* deve ser no início, vale reiterar, no momento da elaboração deste.

O Direito é realidade que se origina no campo da vida social (FINNIS, 2007); é o processo que permite a própria convivência; em suas origens abarcava todas as normas sociais; na atualidade apenas as que são capazes de uma valoração tal que implique o uso extremo da força para sua defesa; é o resultado de um processo histórico condicionado a leis naturais físico-bio-racionais; o princípio fundamental da lei natural é a vida, acompanhada da liberdade; todo o sistema jurídico se constitui de variações sobre estes temas, que são a síntese dos direitos fundamentais.

Considerando referida realidade material da vida e da liberdade, com base em Finnis (2007), pode-se ver o contexto do Direito, enquanto que o Direito posto, como forma eficiente de garantir a integridade de tal matéria. A crítica que se faz ao juspositivismo – no sentido primitivo cunhado por Ferrajoli (2015), segundo o qual, em um primeiro momento haveria o

---

<sup>103</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14 out. 2019.

primado do Direito posto, absolutamente desvinculado do ideário de justiça –, liderado pela ideia que este é o único que importa, não diz respeito sobre o método e o propósito do estudo do Direito como uma ciência, mas sim ao risco latente de converter-se em um processo de garantia dos direitos fundamentais em uma forma de suspensão destes mesmos direitos fundamentais por parte de uma abstração cada vez maior em que as normas que diferem quanto ao conteúdo sejam consideradas legítimas somente em virtude do cumprimento das formas prescritas no processo de produção normativa.

A tendência de abstração do Direito é inerente à postura de Kelsen (1998), sob a influência de Immanuel Kant, segundo Vasconcelos (2003) para resolver os problemas fundamentais da filosofia do Direito com uma ideia dos imperativos categóricos, que se estribariam unicamente em declaração hipotética sem valor ou maior justificação que não a necessidade de estabelecer ponto de partida científico ao estudo filosófico ou jurídico.

Portanto, o intento de fundar a ciência do Direito em uma hipótese puramente neutral serve apenas como um ato de fé vazio de conteúdo, ainda que sua “Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 1998) tenha seu valor metodológico para o estudo analítico e sistemático pretendido pela ciência do Direito em razão do Direito Positivo como sistema autorreferencial, encontra óbice inafastável exatamente em sua pretendida neutralidade científica. Observe-se a lição de Vasconcelos:

O Direito é uma ciência que estuda a técnica de determinação deontica que atua sobre os fatos sociais de natureza ôntica e perpetrados por valores e, portanto, as limitações inerentes à neutralidade científica na análise de fundo de Kelsen, e inclusive no mais formalista dos juspositivistas, sempre há que se resgatar os valores e a razão da axiologia jurídica. (VASCONCELOS, 2000, p. 49).

A postura juspositivista deve, segundo Vasconcelos (2000), ser medida pela ideia de Direito Natural, pois somente este é especificamente baseado na realidade indiscutível do direito natural à vida, cumprindo este com êxito o papel de conferir fundamento ético que escapa à noção de pretensa norma fundamental pressuposta, porque somente pelo direito à vida se experimenta o processo existencial de relacionar-se o homem juridicamente.

O Direito em seu sentido mais amplo é um reflexo da realidade (COSSIO, 1964), porque quando a norma jurídica – originária ou dos costumes ou do processo legislativo – regula e protege a vida e seus bens em seus aspectos estáticos, de “ser”, e dinâmico, de “dever ser”, situações e correlações, então se é lícito identificar o direito material e seu corolário que é a viga-mestra da verdade material.

Quando o Direito protege as relações jurídicas próprias ao modo de viver da pessoa e suas interações sociais (DUGUIT, 2009), e define os mais distintos procedimentos, as mais

variadas garantias aos direitos materialmente considerado, quando surgem instrumentos de proteção, prevenção ou reparação, então surge o direito adjetivo ou processual, que descamba no *due process of law*, o Direito emerge como garantias eficazes para dotar de operatividade suas funções preventivas e repressivas dos conflitos sociais. O ideal está no processo de imposição da verdade material sobre a verdade formal, vez que o Direito, enquanto norma indutora de conduta, é verdadeiro “dever ser” sobre o “ser”.

Quanto a essa temática, imperiosas se fazem algumas considerações a respeito do *status* ontológico do Direito Natural. Etimologicamente ontologia significa “ciência do ser”, sendo o aspecto da metafísica responsável pela essência assim como pela realidade existencial dos seres (VASCONCELOS, 2003); trata os seres a partir da perspectiva da posse de uma natureza comum que os caracteriza a todos.

A verificação do *status* ontológico do Direito Natural se justifica pela carência de um modelo avaliativo por parte do positivismo, que não é capaz de produzir uma crítica satisfatória do Direito vigente. Nesse sentido é a lição de Costa e Coelho, que segue:

Todo positivismo possui um caráter descritivo (ou explicativo), dada a sua tarefa de explicar como as relações sociais se estruturam, no caso do positivismo sociológico, ou a maneira como um sistema em particular de normas se organiza (positivismo normativo). Na medida em que se limita a explicar o mundo, o positivista renuncia a qualquer papel transformador, pois toma a realidade como um *dado* a ser observado e não como um presente a ser construído. (COSTA; COELHO, 2017, p. 39)

O reforço de uma mentalidade puramente positivista produz a formação de juristas conservadores, incapazes de adotar uma postura crítica contra o sistema jurídico, porque se põem perante as normas jurídicas como meros espectadores, e não como protagonistas, transformadores. Nesse sentido segue Laclau:

Ontologicamente, então, temos que qualquer ideal transformador se submete à afirmação de que há um *standard* suprapositivo, capaz de servir como um parâmetro para sustentar a invalidade das normas garantidas pela ordem social dominante. E na tradição jurídica, o jusnaturalismo é a forma clássica de introduzir um critério suprapositivo no discurso teórico, fixando o estabelecimento das normas imutáveis do Direito Natural como critério de legitimidade suprapositivo. Por isso, o jusnaturalismo tem uma função revolucionária potencial, a proporção que o *jusnaturalismo de luta* reclama a adequação do Direito Positivo aos dogmas de um Direito Natural que pode afirmar os valores dotados de caráter de emancipação. (LACLAU, 1994, p. 79)

Dessa forma tem-se o *status* ontológico do Direito Natural: a legitimação do Direito como um efetivo agente de transformação social, ao fazer os ajustes axiológicos necessários derivados do binômio espaço-tempo da norma positiva com a realidade que está sendo normada (SOARES, 2010), através de uma realidade que transcende e ao mesmo tempo legitima, do ponto de vista valorativo, o Direito Positivo.

Essas algumas considerações acerca do Direito Natural, para que se possa perceber de maneira mais incisiva como essa realidade pode influenciar no Direito Positivo, dentro de uma perspectiva metodológica defensável.

Em assim sendo, reitera-se a necessidade da imbricação entre o Direito Positivo e o Direito Natural, como forma de legitimação moral e de justiça daquele, mas asseverando que os ideais jusnaturalistas encontram *locus* específico no ordenamento posto: a presença inspiradora na feitura mesma deste, pois após o propósito muitas vezes bem-intencionado de se conferir o caráter de justiça pode se converter, voluntária ou involuntariamente, em mero mecanismo de cunho naturalmente solipsista (cf. STRECK, 2014b).

Para evitar – ou ao menos reduzir – tal situação, o constitucionalismo garantista (FERRAJOLI, 2012) fornece sólidos parâmetros, vez que se aplicam os direitos à luz do Direito posto democraticamente, e não por quaisquer ordens morais. Imagine-se, apenas a título de exercício intelectual, que um professor em sala de aula tente retirar um aluno desta simplesmente pelo fato de o discente não professar a mesma fé que o mestre ou por discordar ideologicamente de sua filosofia política.

É indubitável que do ponto de vista moral e profissional tal prática é inaceitável, pois que retrata a intolerância frente a opiniões divergentes. Mas o que faz com que o professor não possa “expulsar” o aluno da sala de aula não é a reprimenda moral, por ser inaceitável sob a perspectiva da justiça, mas sim porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veda tratamentos discriminatórios, diretriz essa estabelecida em diversos dispositivos que se espriam pelo texto da Carta Magna, que seguem, *in verbis*:

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

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

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

VIII – **ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política**, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

XLI – **a lei punirá qualquer discriminação** atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

A exigibilidade garantida do aluno no sentido de poder ficar em sala de aula decorre do Direito posto, que neste caso especificamente com clareza solar foi inspirado por ideais jusnaturalistas, de cunho moral e de justiça, notadamente a isonomia; mas o que se chama a atenção é para o fato segundo o qual a intersecção entre o Direito Positivo e os juízos morais



foi prévio, ou seja, no momento de elaboração da norma positiva, vale dizer, no âmbito do processo legislativo.

A assunção do sentido das normas pelos pretórios brasileiros, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal ganha maior vulto diante da “fundamentação” das decisões à luz dos princípios. Dois casos são paradigmáticos, envolvendo o princípio da moralidade, no campo da judicialização da política: dizem respeito às proibições de chefes do Executivo Federal nomearem seus ministros de Estado. São os *cases* Lula e Cristiane Brasil, que seguem.

Em 18 de março de 2016, o ministro Gilmar Mendes, do STF, ao analisar os mandados de segurança 34070, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), e 34071, este pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), suspendeu em sede liminar a eficácia da nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro de Estado da Casa Civil do governo Dilma Rousseff, sob a alegativa que tal “manobra” teria como propósito específico subverter eventual futuro processo judicial devido à nomeação conferir-lhe foro privilegiado. Seguem trechos da decisão:

Na verdade, as práticas administrativas passam, no Brasil, por um flagrante processo de mudança. Basta ver a obrigatoriedade atual da transparência dos atos administrativos, inimaginável há duas ou três décadas. Assim, os administradores, seja qual for o nível ou o Poder de Estado a que pertençam, devem se acautelar na condução de seus atos, pois, em boa hora, ficou para trás o tempo do “manda quem pode, obedece quem tem juízo”. Nomeação para dar foro privilegiado a réu é ato administrativo nulo. [...] Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “lato sensu”. O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da “res publica”. [...] Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF)<sup>104</sup>.

No tocante à Reclamação nº 29508<sup>105</sup>, o STF suspendeu, por entender haver existido usurpação de competência, em janeiro de 2018, decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, que permitia a posse da deputada federal Cristiane Brasil para o cargo de ministra de Estado do Trabalho do governo Michel Temer. Atente-se que a revogada decisão do STJ em realidade havia reformado decisão da Justiça Federal de 1º grau em Niterói/RJ que, sob a “justificativa”

---

<sup>104</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2019.

<sup>105</sup> Nesse sentido, recomenda-se a ler o disponível em <<http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369564>>. Acesso em 11 out. 2019.)

que feriria de morte o princípio da moralidade tal nomeação, haja vista a deputada haver sofrido condenações na Justiça do Trabalho e, em assim sendo, qual a “moral” que uma pessoa condenada em lide trabalhista teria para conduzir a pasta do Ministério do Trabalho?

Fosse levar ao fim e ao cabo as consequências de tal raciocínio, seria ilógico e imoral também permitir que pessoa fumante ocupasse o Ministério da Saúde, ou então que uma pessoa acima do peso e que não se exercitasse regularmente viesse a ocupar o Ministério do Esporte...

O julgamento judiciário, nestes casos, apenas deveria vir diante de ilegalidades, quando houvesse dúvida acima do razoável, como preceituava Thayer (1893), mas não por uma “moralidade” exteriorizadora das inclinações pessoais dos julgadores, despida do caráter jurídico, sem o que a própria independência entre as funções estatais restaria prejudicada.

Eventual sanção à prática de alçar ao cargo de ministro de Estado pessoa inidônea para tal deve ser aplicada pela própria sociedade, pela via do voto. Não se pode conceber um “poder” hipertrofiado (cf. MAIR, 2013), ao qual todas as demais funções devem se submeter ainda quando no exercício legítimo de suas atribuições constitucionalmente garantidas.

Atente-se ainda que tal conduta pode até mesmo ensejar inviabilização do processo de amadurecimento político da população brasileira, diante da intrusão do Judiciário no Executivo, este sim, legitimado para gerir o interesse público, neste caso – escolha de ministros de Estado – pautado por critérios de oportunidade e conveniência, próprios do cognominado “mérito administrativo”.

Seja como for, o julgador não pode se assenhorear dessa forma do sentido da norma (STRECK, 2013b), com a ideia de “fazer justiça”, pois por mais que esta apenas passe a “dizer” algo apenas *a posteriori*, quando interpretada, é também fato que em sua gênese o legislador já lhe conferiu balizamentos mínimos (SILVA, 2017), pois que a norma não surge ao acaso, mas para regular situações específicas.

#### 4.2 A AMPLIAÇÃO DO CÍRCULO DE INTÉRPRETES: A LEGITIMIDADE HERMENÊUTICA DE TODAS AS PESSOAS DESTINATÁRIAS DO DIREITO, E NÃO APENAS DE QUEM DETÉM O CONHECIMENTO TÉCNICO JURÍDICO

Assume-se nesta tese, com esteio em Häberle (1997) e Bonavides (2001), a ideia que a interpretação do Direito é processo necessariamente coparticipado, ressaíndo o sentido da norma somente quando esta é confrontada com a própria realidade normada, em uma relação articulada de um ir e vir constante (cf. GADAMER, 2011a), condicionado pelos elementos de tempo e espaço.

Por isso mesmo, não concebe o pesquisador ser a interpretação do Direito prerrogativa exclusiva de uma casta – via de regra a daqueles que possuem o conhecimento jurídico formal –, em especial se a perspectiva adotada, como é o caso deste trabalho, for a de Gadamer (2011a), na qual a norma jurídica em si é alográfica, não encerrando em seu bojo maiores significações, mas apenas delineamentos básicos, pois, afinal de contas, foi feita para regular situações minimamente concretas.

O pesquisador, reitere-se, não se encontra sozinho quanto a esse particular de entender a interpretação como fenômeno necessariamente democrático: autores do vulto de Peter Häberle<sup>106</sup>, a nível internacional, e Paulo Bonavides<sup>107</sup>, no plano interno, comungam desse ponto de vista.

Advirta-se, entretanto, que este tópico não constitui mera reverberação ou simples repasse de visão já existente. Passa-se coisa distinta: adotando por base essa visão da democratização da interpretação do Direito, confere-se a essa um aporte, qual seja, a abertura hermenêutica enquanto controle popular da atividade jurisdicional. Explica-se.

Não se quer desacreditar as cortes judiciais do papel de “dizer o Direito” (*iuris dictio*); aliás, isso simplesmente não seria possível, visto ser atribuição decorrente diretamente da Constituição<sup>108</sup>. Não é essa a ideia.

O que se intenta é conferir a todos aqueles que se submetem a um sistema jurídico o legítimo direito de concorrerem com a sua interpretação, em razão de o enunciado normativo somente passar a exprimir ideias a partir da interpretação (cf. SILVA, 2017).

Igualmente – e isso se afigura como demasiado importante, para que não se deturpe o que o autor desta tese quer dizer – não se crê, com arrimo em Streck (2013b), que o Direito seja o que o Poder Judiciário “arbitre”: ao dar o Direito ao caso concreto, o juiz, sob a ordem emanada do ordenamento jurídico, exterioriza o que este o mandou dizer!

Isso não significa que a norma jurídica tenha em si sentido pré-existente (GADAMER, 2011a), até em razão da coparticipação que lhe atribui significação, consoante dito algures; mas urge atentar que a mesma traz, ainda que timidamente, direcionamentos, vez que feitas para

---

<sup>106</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura da obra **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, na qual o autor desenvolve de maneira ampla seu ponto de vista acerca do fenômeno interpretativo coparticipado por todos.

<sup>107</sup> Nesse sentido, sugere-se o estudo da obra **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, onde as ideias referentes ao assunto se manifestam de maneira plena.

<sup>108</sup> Para se ter uma visão mais acurada das competências típicas de cada um dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, recomenda-se a leitura dos artigos 101 a 126 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio do sítio eletrônico disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

regular situações sociais, de maior ou menor apelo prático. As normas jurídicas não surgem para nada regular!

Essa a grande lição que parece o Judiciário não haver ainda assimilado: a necessidade de compatibilização entre o mandamento decorrente da norma jurídica quando de sua gênese e sua atualização ante as novas exigências sociais. Nada de unilateralidade. Nem “engessamento” em nome de uma *mens legislatoris* nem uma *mens legis* “libertadora/atualizadora” (SOARES, 2010) na qual tudo se pode!

Compreende-se que há verdadeira exigência recíproca entre o ordenamento jurídico e a realidade subjacente (COSSIO, 1964), inexistindo, nesse diapasão, fundamentos razoáveis para concebê-los em situação de excludência: ao contrário, a relação é de complementaridade.

E não encerram significado que ao intérprete incumbiria apenas extrair (SILVA, 2017) porque passa a exprimir algo apenas quando interpretada, *a posteriori*, e se é negado o direito de todos interpretá-las, seria antidemocrático (BONAVIDES, 2001), pois caso assim se passasse, os indivíduos que não são detentores do conhecimento técnico jurídico teriam apenas deveres, e não o direito de construir o Direito que a eles se há de aplicar. Observe-se a lição de Häberle:

O povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. [...] Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição. Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público. (HÄBERLE, 1997, p. 37-38)

Partidários de entendimentos contrários ao aqui esposado, v.g., Hesse (1998, p. 43) – a quem se devota todo o respeito devido, em nome do valor democrático – podem argumentar que seria um desprestígio aos juristas colocá-los no mesmo *locus* de quem não estudou formalmente o Direito, assim como padeceriam de fragilidade as interpretações despidas da elegância característica dos arranjos hermenêutico-jurídicos. Nessa toada impossível não lembrar de Caetano Veloso, em sua canção “Sampa”, ao asseverar: “É que narciso acha feio o que não é espelho...”<sup>109</sup>

No entanto, por mais que se deva respeitar tais posicionamentos, tem-se que aos mesmos, de acordo com o juízo do pesquisador, não assiste razão de ser, vez que

<sup>109</sup> Disponível em: <https://www.letas.mus.br/caetano-veloso/41670/> Acesso em 28 maio 2019.

exteriorizadores de postura, em maior ou em menor medida, preconceituosa, e mormente pelo fato que este é um direito conferido pela própria Carta Magna, que no parágrafo único de seu artigo 1º preceitua que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.<sup>110</sup>”

Perceba-se que a Constituição autoriza o povo – todo ele – a interpretar as normas jurídicas. Sim! Autoriza a partir do instante em que o Direito passa apenas a expressar algo a partir do instante em que interpretado (GADAMER, 2011a), e por essa razão qualquer pessoa é o seu legítimo intérprete (HÄBERLE, 1997; BONAVIDES, 2011), pois caso assim não fosse, ferido de morte estaria o princípio da isonomia, pois aos “leigos” seriam admitidos apenas deveres.

A “falta de traquejo” jurídico não pode ser óbice para a atuação de todos os atores sociais enquanto intérpretes, não sendo equivocado afirmar que inexistem interpretações inservíveis: até mesmo as mais esdrúxulas possuem sua serventia, nem que essa se manifeste por exclusão, no fato de compreender-se, por exemplo, que não se pode interpretar de tal maneira.

Observe-se que uma mirada superficial pode sugerir contradição na afirmação. Mas se passa todo o contrário: a interpretação é útil mesmo quando produto é débil, pois o simples fato de compreender-se que é débil, tem o seu valor, vez que demonstra aos outros hermeneutas que tal interpretação não se sustenta, e que, portanto, deve ser evitada. Eis esboçado o que Oswald de Andrade, em seu poema “Falação<sup>111</sup>”, no Movimento Modernista de 1922 (GONÇALVES, 2012), também conhecido como a “Semana de Arte Moderna<sup>112</sup>”, chamou de “a contribuição milionária de todos os erros”.

A intersecção do referido movimento cultural brasileiro com a interpretação do Direito se manifesta pela necessidade de proporcionar a todos, e não apenas a um estamento social,

---

<sup>110</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>111</sup> Disponível em: <https://www.trapichadosoutros.blogspot.com/2009/11/falacao-de-oswald-de-andrade.html?m=1>. Acesso em 28 maio 2019.

<sup>112</sup> A Semana de Arte Moderna de 1922, segundo Gonçalves (2012), ocorrida em abril do referido ano, no Teatro Municipal de São Paulo, foi um amplo movimento cultural brasileiro, cujo intento era romper com os paradigmas conservadores – via de regra, alienígenas – impostos às manifestações literárias, musicais, plásticas, arquitetônicas, e até mesmo às expressões culturais, sem que houvesse, dessa maneira, um parâmetro pré-estabelecido a ser seguido, valorizando o aspecto efetivamente nacional, relegando “estrangeirismos” à secundariedade. Primava-se pela plena liberdade criadora dos artistas, considerando-se como tais não apenas os profissionalmente dedicados à arte, mas todo aquele que ousasse experimentar promover ruptura com os padrões, inovando. Como exemplos de manifestações culturais que decorreram da influência da Semana de Arte Moderna tem-se o Movimento Pau-Brasil, o Movimento Verde-Amarelo, o Movimento Antropofágico e a Tropicália. Destacados artistas brasileiros participaram do evento, tais como Di Cavalcanti, Anita Malfatti, Heitor Villa-Lobos, Mário de Andrade, Oswald de Andrade, Tarsila do Amaral, Menotti del Picchia, dentre outros.

serem agentes ativos no processo de aplicação e, logo, de criação do Direito, típica atividade de inovação no mundo jurídico. Por esse ângulo, impõe-se como medida que visa efetivar a democratização da interpretação, não apenas do Texto Maior, mas de todo o ordenamento jurídico.

Impende ressaltar que essa abertura hermenêutica não deve se restringir à norma já feita, mas também deve estender seu alcance ao processo de elaboração da mesma, em uma fase prévia ao Direito Positivo estritamente falando. O próprio ordenamento jurídico brasileiro consagra essa possibilidade em diversas passagens, como nos institutos do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, em fase prévia. Observe-se:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular<sup>113</sup>.

Tais institutos não podem deixar de ser concebidos como manifestações interpretativas de leigos, vez que na própria fase de feitura da norma jurídica faz-se um juízo acerca do que é ou não razoável, sendo tal crivo propriamente uma atividade hermenêutica.

Mais diretamente falando, pode-se trazer como exemplos o artigo 182, §1º, da Constituição Federal, assim como o artigo 40, §4º, da lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), ao tratar do plano diretor, obrigatoriamente participativo:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

- I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;
- II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;
- III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos<sup>114</sup>.

A participação popular, entretanto, não fica adstrita apenas aos mandamentos constitucionais e legais, mas também é firme a jurisprudência nesse sentido. Traz-se como exemplo a ação direta de inconstitucionalidade nº 0244366-29.2012.8.26.0000, que tramitou

<sup>113</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>114</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contra lei de zoneamento do município de São José dos Campos/SP, que, além de desfigurar o projeto inicial, proposto pelo Executivo, suprimiu a participação popular no processo. Observe-se.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos e anexos da Lei nº 428, de 9 de agosto de 2010, a qual estabelece normas relativas ao parcelamento, uso e ocupação do solo no Município de São José dos Campos – Atos normativos que decorrem de alteração legislativa implementada por emendas da Câmara Municipal ao Projeto de Lei do Executivo – Poder de emendar, no entanto, que conquanto seja prerrogativa do Legislativo, não é ilimitado, não se mostrando admissível desfigurar a proposta inicial, comprometendo sua harmonia e a simetria — Dispositivos legais questionados, ademais, que deram tratamento individual e casuístico às situações que especificam, sem tomar em consideração os preceitos constitucionais que impõem a necessidade do regramento de uso e ocupação do solo municipal abranger sua integralidade bem como os efeitos sobre o desenvolvimento urbano e o meio ambiente — Alterações, ainda, que prescindiram da participação popular, sendo, evidentemente, insuficiente aquela garantida no curso do processo legislativo, mas antes da apresentação das emendas introduzidas – Vícios de inconstitucionalidade aduzidos na exordial que, destarte, ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos arts. 180, inciso II, e 181, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo — Negócios jurídicos praticados com esteio nessa legislação, contudo, que devem ser preservados, descabendo a desconstituição de situações já consolidadas, cujo desfazimento pode até mesmo se mostrar inviável – Presença, destarte, de razões de segurança jurídica na espécie que recomenda a modulação dos efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade, a partir da data desta decisão, por aplicação da regra contida no art. 27 da Lei Federal nº 9868/99 – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação dos efeitos dessa declaração<sup>115</sup>.

Atente-se que em nome do inarredável preceito da gestão democrática das cidades<sup>116</sup>, que impõe a oportunização da participação popular no processo de elaboração da principal legislação urbanística de ocupação dos espaços habitáveis, relativiza-se até mesmo a própria autonomia entre os Poderes, que não é, assim, absoluta, dado que devem ser também harmônicos, e essa harmonia, no caso em apreço, manifesta-se na observância das “sugestões” feitas pela população, não podendo nem o Executivo nem o Legislativo simplesmente fazerem “ouvidos moucos” às mesmas.

<sup>115</sup> Disponível em: <[http://servicos2.sjc.sp.gov.br/media/742813/adin\\_428\\_acordao.pdf](http://servicos2.sjc.sp.gov.br/media/742813/adin_428_acordao.pdf)>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>116</sup> Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade): “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.)

Se é certo que as sugestões não são vinculativas, pois que podem ser relativizadas por questões de ordem técnica, econômica ou até mesmo de conveniência política, não menos certo é que tais relativizações devem ser muito bem fundamentadas, e por mais que seja lícito ao Legislativo promover alterações nos projetos de lei apresentados, não podem desfigurá-los, mormente quando precedido de ampla participação popular.

Passada a análise da participação popular – e, pelos motivos expostos algures, interpretação – na feitura das normas, analisa-se a partir de agora a legitimidade da interpretação quando da norma já vigente. Veja-se.

Deve-se atentar ao fato da existência de diversos mecanismos constitucionais que garantem a interpretação popular, tais como tribunal do júri (artigo 5º, XXXVIII, “a” a “d”), e no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade (artigo 102, I, “a”), perante o Supremo Tribunal Federal, através da figura, neste caso de ações do controle abstrato de constitucionalidade, do *amicus curiae*<sup>117</sup>, consoante reza o artigo 9º, parágrafo 1º, da lei 9.868/99, cujos textos seguem, respectivamente:

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

[...]

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida<sup>118</sup>.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria<sup>119</sup>.

Portanto, já há mecanismos que garantem a interpretação popular. O que se busca é alertar para o fato que não de ser mais enfáticos enquanto mecanismo de controle dos provimentos jurisdicionais. Mas a necessidade de se democratizar a interpretação do Direito,

<sup>117</sup> A expressão latina *amicus curiae*, que literalmente significa “amigo da corte”, representa instituto jurídico no qual pessoas não juristas concorrem decisivamente para o processo de formação do convencimento dos magistrados, através do fornecimento de informações notadamente técnicas, às quais seriam inexigíveis aos juizes, em função da falta da *expertise* no assunto – estranho ao Direito –, e por isso mesmo demandando esse compartilhamento de conhecimentos.

<sup>118</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>119</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.



dilatando o rol dos “legitimados” para tal empreitada não se restringe ao apoio técnico fornecido pelo *amicus curiae* nem ao julgamento feito por pares, como no tribunal do júri.

Algumas questões se referem à exigência de um conhecimento empírico em essência, a cargo das pessoas que estão inseridas em uma realidade específica, na qual apenas o conhecimento teórico, o “ouvir falar” se mostra insuficiente. Como exemplo pode-se levantar o artigo 231 da Carta Magna de 1988, que trata da situação dos indígenas, cujo *caput* preceitua: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.<sup>120</sup>”

Aqui a interpretação aberta se mostra como mais necessária, em razão da especificidade do tema, que faz com que o conhecimento jurídico, por mais profundo que seja, não consiga dar conta das complexidades, sendo imprescindível o auxílio dos próprios índios e eventualmente das pessoas que os cercam, e que por isso mesmo vivem aquela realidade. Explica-se.

Quando a Constituição alude ao reconhecimento de direitos culturais e patrimoniais indígenas, ainda que quanto a estes últimos possa haver discricionariedade por parte do poder público, no sentido de delimitação do espaço físico habitado, quanto àqueles – os direitos culturais –, por mais que o legislador constituinte esteja bem intencionado em assegurá-los, não há como promover a efetivação se não houver uma exata noção sobre em que consistem os costumes, maneiras de se expressar e credo.

Dito de outra maneira, a Constituição se compromete a reconhecer todos os direitos mencionados, mas como? É imperativo que se saiba o que representa a tradição indígena. Daí ressai o apelo hermenêutico do tema, visto que os vocábulos e expressões “organização social”, “costumes”, “línguas”, “crenças” e “tradições” não encerram em seu bojo significações intrínsecas (SILVA, 2017). Há que se atribuir “vida” (SOARES, 2010) aos signos linguísticos por intermédio dos quais o direito se expressa, e isso somente é possível se houver um profundo conhecimento empírico da realidade circundante.

Sua interpretação, para que o desejo de preservação dos direitos indígenas não padeça de falta de eficácia depende, pois, da situação de uso; caso contrário, as referidas palavras constantes do texto constitucional seriam meros conceitos sem conteúdo e, por isso mesmo, sem vida.

---

<sup>120</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

Por mais que de soslaio possa parecer despiciendo alertar, os vocábulos, em especial em temas sociais, não comportam significação unívoca, não possuindo em si mesmos acepções acabadas, o que faz com que não caiba ao intérprete pura e simplesmente “extraí-las”. Dizendo de outra maneira, os significados dos signos linguísticos são coparticipados, construídos *a posteriori* (GADAMER, 2011a), sendo essencial estabelecer-se as situações de uso nas quais se dá o emprego dos mesmos; vale dizer, há que se contextualizar, vez que uma mesma expressão, a depender do contexto em que se insere pode contar com interpretações as mais plúrimas.

Nesse sentido afigura-se como inevitável a participação dos indígenas e até mesmo dos cognominados indigenistas para interpretar essa norma, e assim subsidiar aqueles que possuem o poder decisório formal de dar o direito ao caso concreto com a noção real do que integram esses aspectos culturais citados.

Eis aí, por meio dessa casuística, o que se há de compreender por democratização da interpretação, com esteio, não se olvide, nas lições de Häberle (1997) e Bonavides (2001), inclusive servindo de controle à atividade jurisdicional, que vê sua discricionariedade ser limitada legitimamente (Streck, 2014b), no sentido de não poder – ou não dever – julgar ao arrepio do conhecimento da realidade, e, portanto, servir como baliza popular ao Judiciário, sem que isso constitua cerceamento à liberdade interpretativa deste, mas servindo-lhe como critério auxiliar imprescindível.

Deve-se, pois, “deixar as janelas abertas para que o vento entre e areje as ideias – ou interpretações”. Com o perdão da parca liberdade poética, que simboliza a democratização do Direito em seu fenômeno hermenêutico, atreve-se a afirmar que essa aproximação, para além de servir como controle da atividade jurisdicional, também lhe respalda. No entanto, não se defende a assimilação da interpretação popular sem crivo técnico.

Isso porque o apoio popular, como já alertado nos itens 2.1 e 4.1 deste trabalho, é deveras tentador, singularmente em tempos nos quais a magistratura parece servir como “trampolim” para a escalada política de alguns pseudojuizes. E como a busca por holofotes para se comunicar com o público é típico da atividade política, julga-se – ou tende-se a julgar – para “fazer graça” com o povo, robustecendo o ativismo judicial. Não se pode contemplar passivamente tal amesquinhamento da nobre função judiciária.

Deste modo, tem-se que o Judiciário possui a função constitucional de “dar o Direito” ao caso concreto (STRECK, 2014b), de avaliar a aplicação conforme a técnica jurídica. No entanto, custa-se a crer que isso seja o suficiente. Necessita-se do amparo democrático

(BONAVIDES, 2001), e este, no âmbito do Direito, passa pela contribuição de todas as pessoas que vivenciam o ordenamento jurídico.

Como forma de implementar a democratização interpretativa, e ao mesmo tempo fazer com que seja instrumento de controle da atividade jurisdicional, vislumbra-se a ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade – ADIn – e da ação declaratória de constitucionalidade – ADECON. Consoante o artigo 103 da Constituição Federal de 1988, estão habilitados para este fim:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
 I – o Presidente da República;  
 II – a Mesa do Senado Federal;  
 III – a Mesa da Câmara dos Deputados;  
 IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
 V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
 VI – o Procurador-Geral da República;  
 VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;  
 VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;  
 IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional<sup>121</sup>.

Trata-se de rol *numerus clausus*, e bem excludente, como se apenas essas pessoas ou instituições vivessem sob a égide da Constituição e, por isso mesmo, tivessem o direito de interpretá-la. E mesmo para os que figuram nesta lista ainda há restrição, pois a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional devem demonstrar “pertinência temática” com o que se busca aferir a compatibilidade ou incompatibilidade com a Constituição.

Digno de nota é que esse hermetismo interpretativo até mesmo a quem integra o grupo de legitimados formais é construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a quem a própria Constituição outorgou sua guarda precípua, de acordo com o artigo 102, *caput*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe...<sup>122</sup>” Observe-se, por exemplo, julgado quanto o governador de Estado e entidade sindical:

Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática<sup>123</sup>. [ADI 2.656, rel. min. Maurício Corrêa, j. 8-5-2003, P, DJ de 1º-8-2003.]

<sup>121</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>122</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>123</sup> Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744765/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2656-sp?ref=serp>>. Acesso em 12 out. 2019.

A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, mesas das assembleias legislativas e governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. Precedentes do STF: ADI 305/RN (*RTJ* 153/428); ADI 1.151/MG (*DJ* de 19-5-1995); ADI 1.096/RS (*Lex-JSTF*, 211/54); ADI 1.519/AL, julgamento em 6-11-1996; ADI 1.464/RJ, *DJ* de 13-12-1996. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta)<sup>124</sup>.  
[**ADI 1.507 MC-AgR**, rel. min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, *DJ* de 6-6-1997.]

De causar mais estranheza ainda é que esse entendimento do Pretório Excelso, pela pertinência temática, inicialmente estribado na restrição estabelecida pelo projeto de lei nº 10, de 1999, que depois se converteria na lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, manteve-se mesmo após o veto do parágrafo único do artigo 2ª desta lei<sup>125</sup>.

É premente a mudança de paradigma para se possibilitar, se não a legitimidade de todos para impetrarem ADIn e ADECON, ao menos associações representativas dos mais diversos nichos sociais, e não apenas entidades classistas ou sindicais. E, concomitantemente a isso, abolir a pertinência temática.

No entanto, acredita-se que por mais que se avançasse como o proposto, seria necessário o preenchimento de requisito que refoge ao Direito estritamente falando: o amadurecimento das referidas instituições representativas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), pois haveria inviabilização da democratização interpretativa (HÄBERLE, 1997) caso a própria representatividade oprimisse os representados, invertendo a sujeição, ao se alinhar a interesses escusos, não raro presentes em terras tupiniquins.

Por fim, ainda que se apregoe que toda contribuição é válida, ainda quando venham eivada por máculas técnicas, será a interpretação tanto melhor quanto mais instruídas e mais politizadas forem as pessoas, o que somente se logrará a partir do instante em que já na formação inicial do indivíduo, seja ela informal ou formal, fomente uma cultura político-jurídica geral (SOARES, 2010), vez que nem todas as pessoas terão acesso ao ensino superior, e mesmo às que tiverem, há vários outros cursos que não Direito e Ciência Política. Em abono a esse entendimento, tem-se:

Deste modo, devemos entender a Constituição como obra aberta e coletiva, para que a ampliação do círculo de intérpretes passe a decorrer da necessidade de assimilar o mundo circundante a um modelo interpretativo plural e progressista. Isto porque, longe de ser propriedade dos juristas, a Constituição pertence a toda a sociedade. Da mesma forma que a Bíblia deve ser interpretada pelo fiel, sem as amarras simbólicas da autoridade sacerdotal, também a Lei Maior deve ser conhecida e manejada pelo

<sup>124</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1106>>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>125</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.

cidadão, livre da influência oracular de pretensos donos ou aprendizes do poder. (SOARES, 2010, p. 154)

Necessária, pois, faz-se revolução copernicana desde o ensino fundamental, fornecendo noções, ainda que rudimentares, de Direito e de Política. Com o respeito que é devido às opiniões contrárias, entende-se que somente dessa maneira se pode lograr êxito quanto a esse desiderato, que, em última análise, servirá como mecanismo de contenção legítimo da atividade jurisdicional.

#### 4.3 A OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL SE CONSTITUIR EM TEORIA GERAL APLICÁVEL AOS FUTUROS CASOS SEMELHANTES: UMA INDECLINÁVEL EXIGÊNCIA PARA A CONSECUÇÃO E MANTENÇA DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Quando se propõe que a fundamentação da sentença judicial sirva como teoria geral a ser aplicada aos casos posteriores que com o julgado-base guardem estreitos pontos de contato, não se quer incutir a ideia que o Direito seria exclusivamente produto decorrente de manifestações judiciais (STRECK, 2014b), o que indubitavelmente significaria um retorno ao típico realismo norte-americano, fortemente identificado com o consequencialismo fomentador de posturas judicantes arbitrárias, do ativismo judicial, vez que a própria fonte fatora do Direito seria “a inclinação” do magistrado, ficando a norma relegada a um segundo plano. Não é esse o propósito.

O realismo jurídico (STRECK, 2014b) é nocivo porquanto consiste em dotar a atividade jurisdicional de um poder que esta não deve possuir: agir ditar o que é o Direito, quando o correto seria o Direito ditar como o Judiciário deve agir. Como exemplo acabado da “filosofia” proveniente do comportamento realista, pode-se citar a decisão do então ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ –, Humberto Gomes de Barros, quando da análise do recurso especial nº 279.889 – AL:

**Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros **decidem assim, porque pensam assim.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições.** Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos

a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja<sup>126</sup>.

Não se pode deixar de registrar a estranheza que causam posicionamentos deste jaez, dada a falta de humildade de quem os profere, por mais que o julgador em apreço se esforce em esboçar uma modéstia, claramente falsa, vez que não encontra aderência ao proceder adotado, tipicamente ditatorial.

Afinal, segundo Streck (2013b), para que serve o trabalho daqueles que se esforçam em construir teoria no Direito, melhorando as instituições jurídicas? Para nada! Pelo menos enquanto julgadores dirigirem suas atuações conforme o decidido no recurso especial em comento.

O que se procura é dotar a aplicação do Direito de uma mínima previsibilidade que ao invés de cercear a atividade interpretativa do juiz, a garante, uma vez que o liberta das liberalidades escravizadoras e sem limites de seus próprios pendores, ilimitados por excelência. Almeja-se, pois, a consecução da isonomia, evitando, por exemplo, o julgar de acordo com os humores do magistrado, o julgar de acordo com o “sabe com quem está falando?”, corriqueiro em terras tupiniquins.

Comungando desta indignação vem Streck, para quem:

Há, assim, brasileiros “diferentes” de outros brasileiros, circunstância reconhecida pelo Presidente Lula, não faz muito, ao sugerir que o Ministério Público, antes de denunciar alguém, examine o seu *curriculum*, como se o direito penal fosse um “direito penal do autor”...! Sua excelência se referia à possibilidade de o Senador Sarney ser processado. Para ele, Presidente da República, o Ministério Público deveria, primeiro, ver com quem estava lidando... Algo do tipo “você sabe quem é o denunciado? Você se informou antes acerca de quem é essa pessoa?” Foi pelo menos assim que eu entendi. (STRECK, 2014a, p. 99)

Busca-se com este trabalho, em última análise, promover a segurança jurídica, mas de maneira dinâmica, atualizadora, aberta às condicionantes de tempo e espaço (GADAMER, 2011a), e não refratária aos valores, não ficando atada de maneira inexorável às amarras estabilizadoras.

Por isso a necessidade de valer-se da lição aristotélica, segundo a qual “a virtude está no meio”, vez que não são noções incompatíveis o consequencialismo com a previsibilidade buscada; ao revés, compreende-se aqui que é uma condição natural para a consecução desta a existência daquele.

---

126

A cautela que se deve ter, para que o Direito não fique reduzido a enunciados assertóricos (STRECK, 2013b), como, v.g., as manifestações sumulares, verdadeiras “receitas de bolo”, regras infalíveis aplicáveis a todos os casos, que nunca serão inteiramente iguais, é a dosagem utilizada de consequencialismo, principalmente o consequencialismo oriundo de um racionalismo e eficientismo de matriz econômica; daí a importância do “meio-termo” de Aristóteles.

Por isso mesmo a segurança jurídica intentada não se subsume à doutrina do *stare decisis et non quieta movere* (“ficar com o que foi decidido e não mover o que está quieto”), ou simplesmente *stare decisis*, mormente porque esta forma de pensar o Direito é típica de tradição jurídica anglossaxônica (SOARES, 2010), ou de Direito costumeiro (*Common Law*), como Inglaterra e, por razões de ordem histórica, seus outrora colonos, os Estados Unidos da América, ao passo que o Brasil possui tradição de apego à lei (escrita), ou de *Civil Law*.

Não que haja exclusão entre essas tradições, mas fato é que há peculiaridades em cada uma que, embora não inconciliáveis, demandam grande esforço adaptativo, para que não haja mera superposição de formas de se conceber o Direito. Em adesão a esse ponto de vista remete-se à lição de Streck, para quem:

Ao contrário do que possa transparecer, desde seus primórdios, as duas tradições jurídicas não estavam totalmente alheias às recíprocas influências. Por exemplo, o próprio Montesquieu ressalta ter extraído sua percepção acerca da divisão de poderes a partir da constituição inglesa. Do mesmo modo, os práticos ingleses que trabalhavam perante o trinal da *equity*, *eclesiásticos*, e o *tribunal de almirantazgo*, formaram uma corporação (*Doctor's Commons*), que funcionou do final do século XV até a primeira metade do século XIX. Esses práticos eram denominados *civilians*, em oposição aos *common lawyers*, que trabalhavam perante os tribunais do *common law* propriamente dito. Os *civilians* ingleses conheciam profundamente o direito continental e, juntamente com os juristas escoceses, foram os mediadores entre ele e o direito inglês. (STRECK, 2013a, p. 20)

É verdade, segundo Soares (2010, p. 126) que o sistema de *stare decisis* deriva do costume, da tradição, e vincula todas as decisões referentes a casos que guardem com o decidido grandes razões de semelhança, o que certamente o faz diferir do sistema legalista do Brasil. Entretanto, afigura-se ao pesquisador como inadequado afirmar, consoante baseado na citação imediatamente acima (STRECK, 2013a, p. 20), que o Direito consuetudinário está pautado exclusivamente no costume ou na força dos precedentes judiciais; ao contrário, manifesta-se também por meio da lei, em seu sentido mais estrito, ou seja, norma jurídica escrita decorrente da atividade do parlamento, que caracteriza a tradição jurídica de índole romano-germânica, notadamente no Direito das Obrigações.

O *stare decisis* é, dessa maneira, uma tentativa de conferir racionalidade ao discurso, quando do rechaço a posicionamentos subjetivistas, buscando-se um padrão minimamente

objetivo (SOARES, 2010). O sistema de precedentes judiciais está visceralmente vinculado às manifestações sumulares, pois que o propósito das súmulas é também dirimir controvérsia, informando o “norte” interpretativo a ser seguido.

Ainda assim, por mais que a ideia seja uniformizar o entendimento (SOARES, 2010), não se pode tomá-las por expressões sinônimas, notadamente porque seus fatos geradores são diferentes. Veja-se. De início, assevere-se que a jurisprudência é o grande gênero do qual defluem as espécies jurisprudência *stricto sensu*, súmula, súmula vinculante e o *stare decisis* em si. Prudente, pois, proceder à diferenciação. À explicação dessas afirmações.

O que caracteriza a jurisprudência enquanto gênero é exatamente o fato de ser manifestação oriunda do Poder Judiciário – daí todas as outras citadas serem suas espécies.

A jurisprudência espécie (aqui convencionada a denominação jurisprudência *stricto sensu*) ocorre quando há uma reiteração de julgados no mesmo sentido, de situações com grandes similaridades fáticas e jurídicas.

A feitura da súmula, por sua vez, tem ensejo quando ocorre grande controvérsia no âmbito dos tribunais sobre a interpretação de dada questão que reclama a resposta do Direito (SOARES, 2010, p. 128), e então se assenta entendimento, dando fim à discórdia, por meio do estabelecimento de sentido objetivo. Observe-se, entretanto, que por mais que seja importante vetor hermenêutico, não é dotada de exigibilidade garantida.

Isso porque a que obriga a todos os órgãos do Poder Judiciário (à exceção do STF, que é o órgão fator, e do Legislativo, que pode fazer lei que disponha em contrário), à administração pública, direta ou indireta, e jurisdicionados, é a modalidade súmula vinculante.

O *stare decisis*, por sua vez, não necessita de reiteração de julgados (SOARES, 2010, p. 128). A rigor, basta que uma situação anterior com grandes razões de semelhança com a que se deseja resolver tenha sido solucionada por tribunal superior, e a resposta dada há de ser a mesma já atribuída.

Esse último paradigma, tipicamente inglês, vem acercando-se cada vez mais do Brasil. Pode-se citar, a título de robustecimento dessa tese, a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro do método-caso, utilizado no *Common Law*, indutivo que é, manifestado sobremaneira na lei 13.105/2015 (o “Novo Código de Processo Civil”).

Isso não é por si só um mal. Vez que não existe uma exclusão recíproca entre os modelos, há a possibilidade de um condicionamento mútuo (cf. STRECK, 2013a, p. 20), mas atentando-se para a cautela que se há de ter para que um não venha a englobar o outro. Passa-se desde esse instante a verificar esse diálogo do sistema brasileiro com o inglês, à luz do



estatuto processual civil. Para tanto, lança-se mão de exemplificações que permeiam a lei 13.105/2015, que seguem.

Inicialmente traz-se a ideia de uniformização da jurisprudência, inserta nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil<sup>127</sup>, em que se percebe que os juízes e tribunais, caso observem a correspondência das particularidades fáticas dos casos em análise com o já decidido pelo STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva ou em arguição de descumprimento de preceito fundamental; em súmulas vinculantes, súmulas e decisões do STF e do STJ, em matérias de suas respectivas competências, estão adstritos a “ficarem com o que foi decidido”. Dessa forma, passam as manifestações jurisprudenciais a serem verdadeiras fontes<sup>128</sup> formais do Direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Merece destaque nessa temática a menção ao fato que a observância do entendimento cristalizado pelos tribunais citados não se converte em imutabilidade jurídica, pelo menos não no Brasil, à luz do parágrafo terceiro do artigo 927 do Código de Processo Civil, que prevê

---

<sup>127</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

<sup>128</sup> Por fonte do Direito entenda-se os processos por meio dos quais o Direito se manifesta com legítima força cogente, no caso de fontes formais, ou inspiradora, nas fontes materiais. Há, em síntese, dois tipos de fonte no que diz respeito à exigibilidade: a) fontes formais, sendo estas as que obrigam garantidamente alguém a agir ou a deixar de agir de maneira obrigatória, como, por exemplo, no Brasil, a lei, consoante leciona o artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988; b) fontes materiais, que, mais uma vez adotando por base a experiência brasileira, seriam os costumes, a doutrina e a jurisprudência, à exceção do artigo 927 do Código de Processo Civil, que não teriam o condão de obrigar, mas ainda assim servem de parâmetro hermenêutico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.

expressamente a alteração do entendimento das cortes, inclusive dotando as decisões de efeitos diferentes, possibilitando a modulação dos efeitos<sup>129</sup> das decisões judiciais quando o entendimento dominante no âmbito do STF for alterado.

Ainda no reforço aos precedentes no ordenamento pátrio, traz-se os artigos 932, “IV”, e 496, § 4º, todos do diploma processual civil, que configuram, respectivamente, negação de provimento a recurso contrário às manifestações jurisprudenciais elencadas; e uma exceção ao duplo grau de jurisdição. Veja-se:

Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

- I - súmula de tribunal superior;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa<sup>130</sup>.

Eis aí esboçado sobejamente o acercamento do sistema jurídico brasileiro, eminentemente legalista, com o paradigma jurisprudencial tipicamente anglossaxônico, com os temperamentos para a aplicação no Brasil. Entretanto, por mais que a ideia seja “vendida” como benéfica, não passa ilesa a críticas, que em síntese, de acordo com Soares (2010, p. 128) seriam: imobilidade jurídica (no Brasil há antídoto, consoante reza os aludidos §§ 2º e 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil); potencial arbitrariedade judicial, pois caso a decisão inicial que servirá de parâmetro seja injusta, irradiará esses efeitos nocivos para todas as futuras decisões, o que justifica a necessidade do controle externo de adequação; configuração intromissão indevida na função legislativa, dada a sua descomunal incisividade.

<sup>129</sup> Como regra, os efeitos de uma decisão judicial em controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade, possuem efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem e, pois, alcançam, às situações pretéritas que com o julgado tenha sólida pertinência. Entretanto, é possível que caso haja, por exemplo, a alteração do entendimento consolidado do STF sobre dada questão, e para evitar situações de sensível instabilidade jurídica ou institucional, os efeitos da decisão passem a ser *ex nunc*, vale dizer, atingem apenas as situações posteriores ao julgado; isso é o que se entende por modulação dos efeitos da decisão.

<sup>130</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.

Entretanto, os pontos positivos, ainda de acordo com Soares (2010, p. 127-128) superariam os negativos, quais sejam: efetivação de decisões judiciais que não destoariam de casos análogos já anteriormente verificados; proteção contra futuras arbitrariedades. Sim! O oposto da segunda crítica feita no parágrafo, vez que se a decisão inicial for justa, haverá um círculo virtuoso, e não vicioso; confere grande objetividade ao procedimento interpretativo, sem configurar necessariamente imobilidade.

Reitere-se que precisamente em função de inexistir relação autofágica de parte a parte de qualquer dessas tradições (*Common Law* e *Civil Law*), é que uma preferência unilateral é deficitária, sendo preferível a compatibilização entre ambas, até porque, segundo Streck (2013a), não há razão para concebê-las como excludentes.

Nessa linha de pensamento se faz cristalina a premência da adoção de postura que faça com que a fundamentação da decisão judicial seja teoria geral (STRECK, 2014b), e isso demanda a conjugação da tradição legalista com a objetividade jurisprudencial. Dessa maneira evitar-se-ia que os julgamentos de pessoas de vulto, por exemplo, destoassem dos de “pessoas normais”, quando as situações fáticas fossem muito similares, e com isso a igualdade material, e não a puramente formal, estaria garantida.

Evitaria, por exemplo, que a fundamentação da atipicidade material, oriunda do “princípio da insignificância”, aplicável aos assim chamados “crimes de bagatela”, valesse para quem sonega milhares de reais em tributos e não valesse para quem furta gêneros alimentícios para não perecer ante a inanição.

Aqui se refere a um recurso especial (REsp 1.094.906 – RS), e um *habeas corpus* (HC 101.505 – SP), no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Observe-se as ementas, respectivamente.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-APLICABILIDADE. ANÁLISE DO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA E CONDIÇÃO ECONÔMICA DA VÍTIMA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração não só o valor econômico e a importância do objeto material subtraído, mas também a condição econômica da vítima e as circunstâncias e consequências do delito cometido, a fim de se determinar se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado (HC 95.226/MS, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJ 4/8/08). 2. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença condenatória<sup>131</sup>. (STJ - REsp: 1094906 RS 2008/0215525-7, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 02/06/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 31/08/2009)

<sup>131</sup> Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785515/habeas-corpus-hc-191615-sp-2010-0219608-1>>. Acesso em 12 out. 2019.

Esse caso se refere ao furto simples de gêneros alimentícios que totalizavam R\$ 88,50 (oitenta e oito reais e cinquenta centavos), como se pode extrair do julgado. Observe-se agora outro julgado da mesma corte.

HABEAS CORPUS. PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MINISTERIAL PROVIDO. APLICABILIDADE DO VALOR FIXADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/02 COMO PARÂMETRO. DÉBITO FISCAL INFERIOR. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL CONFIGURADA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Após o julgamento do REsp. 1.112.748/TO, a Terceira Seção desta Corte passou a admitir o art. 20, da Lei nº 10.522/2002, que fixa o valor de R\$ 10.000,00 para o arquivamento de execução fiscal, sem baixa na distribuição, como parâmetro (dez mil reais) para o reconhecimento do princípio da insignificância. 2. In casu, verifica-se que o valor do tributo sonegado é de R\$ 4.239,36, razão pela qual está caracterizado na espécie a irrelevância da conduta na esfera penal. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor da paciente<sup>132</sup>. (STJ – HC 101505 SP 2008/0049162-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 29/09/2009, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 07/12/2009)

Observe-se que a insignificância foi reconhecida em uma sonegação fiscal de mais de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), mas denegada em uma conduta cuja repercussão econômica não atingiu R\$ 90,00 (noventa reais), e essas decisões tão contrastantes se deram em um intervalo de tempo inferior a quatro meses.

A prevenção contra essa volatilidade, própria do decisionismo judicial (cf. STRECK, 2014b), ocorreria nas decisões – ou tenderia a ocorrer – porque a base sobre a qual se desenvolveria a decisão judicial seria comum, aplicável indistintamente a todos os casos iguais, preservando, também a segurança jurídica decorrente de uma relativa certeza quanto ao provimento jurisdicional.

Dito tudo isso, será que estaríamos nós, brasileiros, mais uma vez assimilando sem adaptações e, logo, de maneira acrítica, doutrina alienígena, ao invés de promover o diálogo com o outro sistema jurídico, condicionando-o também? Depende da “dosagem” do consequentialismo. Explica-se adiante.

Para que isso não se verifique, há que se ter em conta que o consequentialismo não pode adquirir contornos absolutos, mas apenas deve servir como o estabelecimento de balizas dentro das quais pode “transitar” a atividade interpretativa, necessariamente adaptativa, vez que custa-se a crer que enunciados assertóricos (precedentes judiciais e súmulas), de conformidade com Streck (2013b), ou respostas “pré-programadas” sejam capazes de dar conta das

<sup>132</sup> Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18726876/peticao-de-recurso-especial-resp-1234701/decisao-monocratica-104101114>>. Acesso em 12 out. 2019.

complexidades da dinâmica social que reclama respostas do Direito. Por mais que sejam semelhantes os casos, não necessariamente guardam todas as mesmas características do julgamento-base. Daí a necessidade de “dosar” o consequencialismo, permitindo a “movimentação” adaptativa.

O pesquisador não quer fazer crer que a jurisprudência *lato sensu*, gênero, seja a solução para todos problemas hermenêuticos! Busca-se uma harmonização entre o consequencialismo e balizas objetivas legítimas. Não se comunga da ideia que o juiz deva ser o sujeito que se confunde com o próprio objeto de seu trabalho (STRECK, 2013b) – a norma jurídica –, vez que não se concebe a ideia da “essência pura” das coisas ou a arbitrariedade de sentidos pelo juiz que imprime à norma as suas convicções puramente – ou grandemente – pessoais.

A ideia da linguagem como intermediária na atribuição de sentidos é o que norteia o pesquisador, com estribo em Gadamer (2011a), mas isso não significa que se possa prescindir da objetividade da jurisprudência gênero, desde que construída no seio de um controle externo de racionalidade democrática – ou seja, o que é tolerável ou não, vedando-se o absurdo – e razoabilidade do discurso. Em outros, termos, a perspectiva filosófica da hermenêutica (GADAMER, 2011a), de sentidos coparticipados, por si só, é insuficiente; necessita-se, pois, de um método, ou ao menos de balizas mais concretas.

Caso se passasse o contrário, estar-se-ia a promover o retorno ao paradigma hermenêutico de cunho semântico, ou de “sentido já dentro da norma”, quando, em realidade, a significação é posterior, feita a interpretação (GADAMER, 2011a). É isso o que se intenta ao defender a premissa epistemológica da fundamentação da decisão judicial dever encerrar em seu bojo teoria geral aplicável aos futuros casos semelhantes, pois acredita-se que somente dessa maneira a isonomia e a segurança jurídica se efetivariam, garantindo o mandamento constitucional do direito aos jurisdicionados de uma decisão adequada do ponto de vista constitucional, insculpido no artigo 93, IX<sup>133</sup>, regulamentado pelo § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.)

<sup>134</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

#### 4.4 SÍNDROME DE DONA FLOR OU DE COMO A HERMENÊUTICA JURÍDICA NECESSITA DE TEODORO E VADINHO<sup>135</sup>

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 09 out. 2019.)

<sup>135</sup> A abordagem do pesquisador desta tese sobre o paralelo com “Dona Flor e seus dois maridos”, de Jorge Amado, é bem diferente, consoante se ponderará, da de Luis Alberto Warat, com a sua “A ciência jurídica e seus dois maridos” (2000). Aliás, o pesquisador somente tomou conhecimento desta obra do mestre argentino por meio de intervenção da banca examinadora em sede de defesa prévia de sua tese, em 25 de setembro de 2019. Portanto, após já haver escrito este tópico do trabalho. No entanto, a mera afirmação do escrevinhador deste trabalho nesse sentido – o do desconhecimento desta específica obra waratiana –, pode não ser suficiente, aos olhos dos leitores, para ilidir suposta apropriação das ideias do consagrado – e saudoso – professor argentino por um aspirante a doutor em Direito, e, ainda por cima, na própria casa de Warat (a UFSC). Por isso mesmo, incumbe ao doutorando diferenciar as propostas – a sua e a de Warat – sobre as articulações com a referida obra de Jorge Amado, para que não restem dúvidas sobre a originalidade do raciocínio do pesquisador. É o que se passa a fazer. Warat (2000) traz a necessidade de promover um harmonioso amálgama entre a Ciência Jurídica (neste caso, Dona Flor) dotada de rigor metodológico, de paradigma semântico (apriorístico), bem comportada (Dr. Teodoro) e da necessidade de criação e liberdade que as amarras unilaterais não logram: daí necessitar também de Vadinho, com a capacidade de improvisação, de fazer dela um saber *a posteriori*, pragmático. Trata-se de uma postura de resistência a um paradigma estático e hermético de ciência, irresignação essa tipicamente waratiana. Em última análise, é um alerta para que os juristas não fiquem encapsulados nos paradigmas “inquebrantáveis” previamente estabelecidos pelos “doutores do Direito”, e recebidos acriticamente (Dr. Teodoro); mas também abram-se para a incerteza própria da vida, despida da preocupação com padrões (Vadinho), e por isso mesmo experimentar as múltiplas possibilidades de análise do Direito a partir de pontos de vistas os mais diversos (mesmo os menos nobres), em nítida postura libertária. Falando de outra maneira, tem-se que a figura de Vadinho, para Warat, fomenta as contradições próprias da vida, representando a liberdade que a imprevisibilidade proporciona ao Direito, no sentido de “marginalizar-se”, ao se misturar, ou, a quem preferir, possibilitar que seu prisma de análise se dê a partir de campos do conhecimento os mais variados, mesmo o conhecimento informal, o que faz com que a experiência de regulador social do Direito seja mais real, porquanto bem mais afeta à realidade circundante. Teodoro, a seu turno, personifica a imobilidade que a certeza e a previsibilidade trazem ao Direito, reduzindo – e em muito – o raio de alcance deste, reprimindo-lhe as possibilidades, ao inviabilizar que “caminhe” por lugares “ignóbeis”, como se a vida, que deve ser o centro das preocupações do Direito, fosse regida por uma uniformidade fático-comportamental, fatalista, ao invés de encarar a incerteza e a imprevisibilidade que notabilizam o viver social, pautado por uma imutável mutabilidade. Em suma, Teodoro é a fiel expressão do Direito moldado no inverossímil, pois quer fazer acreditar que inexistem ambiguidades na vida, e isso de maneira imposta, autoritária: nega de maneira imperativa os conflitos e contradições do social. Entretanto, uma análise unilateral é falha, e por isso mesmo necessita a Ciência Jurídica de seus “dois maridos”. Essa a tônica da obra. Quanto ao pesquisador, nesta tese, a abordagem é bem outra, e bem mais modesta, pontual (a proposta de Warat possui contornos conglobantes do Direito) sem o requinte e inteligência da sagacidade waratiana: refere-se diretamente à atividade hermenêutica e sua aplicabilidade prática: a interpretação. O paralelo com a obra proposto pelo doutorando é que por melhor que seja a teoria de autocontenção interpretativa não se pode obrigar ninguém a utilizá-la, por mais que nada impeça existirem pessoas naturalmente inclinadas a esses bons propósitos, ou seja, sintam a necessidade de se autorrestringirem interpretativamente e que essa autocontenção é legítima (Dr. Teodoro); no entanto, como nem só de pessoas (juizes) dotadas de sentimentos nobres é formado o Judiciário, há a necessidade de Vadinho, no sentido de adotarem postura autorrestritiva interpretativa nem que seja para se beneficiarem, ao perceberem que o ativismo judicial aumenta o número de processos que tem para julgar e, como consequência, os força a trabalhar mais. Nesse sentido, pode-se até ter uma postura utilitarista, mas um utilitarismo cujo escopo é combater o próprio utilitarismo.

Aproximando-se do “apagar das luzes” a escrita deste trabalho, propõe-se o pesquisador a estabelecer paralelo entre as imperiosas necessidades da Hermenêutica Jurídica e as da protagonista da célebre obra de Jorge Amado, *Dona Flor e seus dois maridos*. A indeclinável exigência deste campo do saber jurídico da presença dos maridos de Dona Flor para que o Direito se efetive dentro de balizas democráticas é, por óbvio, metáfora, e por essa mesma razão as ponderações feitas não devem ser tomadas em seu sentido literal.

Assim é porque as grandes obras literárias podem servir de estribo para a compreensão das aporias interpretativas no âmbito do Direito, através de articulações recíprocas, vez que aquelas, assim como este, lidam com os inevitáveis impasses do ser humano. Ademais, custasse a crer ser o Direito realidade estanque; há, pois, que buscar entendê-lo à luz também de saberes correlatos, e a Literatura desempenha, conforme aqui se concebe, papel de demasiada importância quanto a esse desiderato.

Não há dúvidas que não se pode tomar uma realidade (Direito) por outra (Literatura), até porque não são a mesma coisa: cada uma possui suas particularidades. A Literatura, enquanto “integrante das artes”, possui textura mais aberta que o Direito; em outros termos, tem-se que a liberdade interpretativa de um crítico de arte ou mesmo por parte de um mero observador é sensivelmente mais ampla que no Direito. Isso não se discute.

No entanto, não vislumbra o pesquisador razão pela qual não se possa analisar o Direito pelo prisma da Literatura, embora deva-se advertir que o Direito necessita de maiores mecanismos de contenção interpretativa que aquela. Mas nada mais que adaptação.

Desse modo, prudente é contextualizar o leitor a respeito do conteúdo da referida obra do mestre baiano, pois por mais que esta tenha adquirido notabilidade não apenas nos livros, sendo adaptada para o cinema e para a televisão e, por isso mesmo atingindo um expressivo número de pessoas, no plano nacional e internacional, não se pode presumir que é de conhecimento geral, por mais que no entender do pesquisador que escreve este trabalho devesse ser. Assim, inicialmente contar-se-á a história, e após proceder-se-á à análise das conexões existentes.

A trama se passa em Salvador, Bahia, nos idos das décadas de 30 e 40 do século XX, possuindo como protagonistas os personagens Florípedes Paiva (Dona Flor), Waldomiro Guimarães (Vadinho, o primeiro marido de Dona Flor) e Teodoro Madureira (Dr. Teodoro, o segundo marido de Dona Flor).

Dona Flor, uma moça recatada, exímia cozinheira, ministrava aulas de culinária, e conhece Vadinho, que se faz passar por homem de conduta ilibada e alto funcionário público municipal. Principiam um tórrido romance que, de tão forte, resiste ao embuste inventado,

contraindo os mancebos esponsais, a despeito dos grandes protestos da mãe da noiva, dona Rozilda, antevendo as agruras pelas quais passaria sua filha “nas mãos” daquele que tomara para marido.

E assim foi por sete anos. Vadinho, homem de excessos nada edificantes, dado à jogatina, bebedeiras e muito adepto a lupanares, vivia à expensas de sua esposa, explorando-a, maltratando-a, fazendo esta passar pelas mais vexaminosas situações, tais como cair bêbado no meio da rua, a exposição pública de sua figura em deplorável estado, o assédio sexual contra as alunas da esposa nas aulas de culinária, até que em um domingo de carnaval faleceu, em decorrência da vida desregrada. Veja-se.

Sete anos decorreram entre aquelas primeiras lágrimas choradas por Dona Flor na noite de núpcias e as da aflita manhã de Domingo Gordo quando Vadinho caiu sem vida em meio a um samba de roda, entre fantasias e máscaras. E, como bem disse dona Gisa – senhora de bem dizer as coisas, adrede e com exato a-propósito – ao ver o corpo do moço estendido nas pedras do largo Dois de Julho, já de todo e para sempre morto: a esposa chorara naqueles sete anos por seus insignificantes pecados e pelos do marido – pesada carga de culpas e malfeitos – e ainda sobravam lágrimas. Lágrimas de vergonha e sofrimento, de dor e humilhação. (AMADO, 2012, p. 77)

A despeito de todos os grandes dissabores experimentados pelo proceder desabonador do esposo, Dona Flor dedicava ao mesmo o mais sincero e devotado amor, que lhe era retribuído pelo varão apenas do ponto de vista da lascívia; e essa era a falta que sobremaneira sentia, e não a dos maus tratos, como segue:

Noites ermas da presença de Vadinho, noites insones de espera, longas de passar como se a aurora recuasse para os limites do inferno. Por vezes a chuva cantava seu acalanto nos telhados, o frio a pedir corpo de homem, quentura de um peito com mata de pêlos, abrigo em braços fortes. Dona Flor em vigília, impossível adormecer; o desejo de tê-lo a seu lado era uma ferida exposta. Estremecia em arrepios, num desconforto de tristeza, naquela cama cheia apenas de ânsia e de abandono. Com Vadinho presente — ah!, com Vadinho presente nem frio nem tristeza. Dele vinha um calor alegre a subir das pernas para o rosto de dona Flor e a noite se abria em júbilo. Dona Flor sentia-se agasalhada e festiva, um pouco irresponsável como se houvesse bebido um copo de vinho ou um cálice de licor. A presença noturna de Vadinho a embriagava, vinho de buquê inebriante, como resistir à sedução de sua boca de palavras e língua? Eram noites de exaltado ímpeto, feéricas noites de aleluia. (AMADO, 2012, p. 77)

Carecia Dona Flor, em especial, do amor carnal, cuja falta marca seu período de viuvez. Não era bem da escassez de carinhos e gentilezas que essa se agastava, até em função de não os ter vivido com o marido: necessitava dos atos de desafogo de sua concupiscência!

Passado o período de luto, contrai matrimônio – “Finalmente ia transpor o duro tempo, a negra noite, o deserto de luto e solidão: outra vez em cavalgada partiria a vadiar” (AMADO, 2012, p. 177) – com o farmacêutico Dr. Teodoro, homem mais velho – mas não tanto, na faixa dos 40 anos –, bem conceituado, metódico, respeitador, conservador, e de muitos pruridos morais.



Não era conversa fiada de comadres, nem invenção, dona Norma até se mantivera à parte das caçadas, pois, sendo dr. Teodoro homem de bem e circunspecto, não valia a pena tratar levianamente assunto tão sério, em chalaças e galhofas. Partido igual, filha minha, só muito de raro em raro: cidadão maduro, na boa idade para dona Flor, feito na vida, doutor de grau e anel, dono da farmácia, ressumando saúde, se o tivessem inventado não fariam melhor. (AMADO, 2012, p. 167)

Com o segundo marido encontrou tudo o que jamais havia encontrado em Vadinho, a saber, uma vida tranquila, alijada das atribuições de outrora; respeito e carinho por parte do cônjuge, além de uma nova e respeitável vida social. Não é menos verdade que também se viu aliviada das exigências da natureza – no aspecto sexual –, mas não ao ponto de sentir-se completa. Faltava a Dr. Teodoro a libidinagem, a indecência, que tanto apaziam a Dona Flor, que encontrava, e de sobejo, no primeiro marido.

Dessa forma, de tanto chamar, aparece para ela o espírito de Vadinho, e somente ela o podia enxergar e sentir, para preencher a lacuna deixada por Dr. Teodoro. A partir desse instante, Dona Flor relutava – mas de maneira nada convicta – contra as tentativas de “vadiagem” do marido morto, sentindo-se culpada por agir dessa maneira diante de um companheiro deveras amoroso, como o boticário.

A cada encontro ocupava nova posição, caíam bastiões, rendidos pela força ou pela astúcia: a mão sabida ou bem o lábio de promessas mil, todas elas vãs — “Só um beijo, meu bem, só um...”. Lá se foram os seios, as coxas, o colo, as ancas, a bunda de cetim. Agora tudo isso era dele, terreno livre de censuras para a mão, para o lábio, para a carícia de Vadinho. Quando dona Flor se deu conta, sua honestidade e a honra do doutor viam-se encurraladas em derradeiro reduto, quanto lhe restava ainda incólume. O mais, esse chão ardente de batalha, ele o tomara quase sem ela perceber. Sentada no sofá, refletia dona Flor sobre a delicadeza do assunto — devia conduzir a discussão com muita habilidade para não magoar Vadinho, para não o ofender; afinal ele viera em atenção a seu chamado —, quando o tinhoso surgiu e a tomou nos braços. Enquanto dona Flor buscava maneira de iniciar a conversa, Vadinho enfiou-lhe a mão por baixo dos vestidos, tentando atingir exatamente aquele último reduto ainda incólume, cofre-forte a conter sua dignidade de mulher e a honra do doutor. (AMADO, 2012, p. 259)

Tamanha era a culpa que fez um “trabalho espiritual” para que Vadinho sumisse e não mais voltasse (AMADO, 2012). No entanto, o bem cuidar, a vida ajustada e pacífica que possuía ao lado de Dr. Teodoro eram insuficientes: necessitava de maneira imperiosa da luxúria de Vadinho. Não podia prescindir nem de um nem de outro: eram maridos complementares, e não excludentes. Nenhum individualmente reunia na inteireza as características essenciais para a plenitude de Dona Flor. Tanto assim que Dona Flor “desfez o trabalho espiritual”, para que Vadinho voltasse, e apenas dessa maneira, vivendo maritalmente com os dois, conseguiu ser feliz.

Passada a narrativa da história, urge explicitar em que consiste a vinculação que a Hermenêutica Jurídica possui com a mesma, e trazer a razão de ser de seus “dois maridos”. Explica-se.

A ideia subjacente é chamar a atenção para o fato de, por ser a atividade hermenêutica inovação por excelência, em razão de se partir da perspectiva de Gadamer (2011a), segundo a qual a norma apenas passa a ter sentido quando interpretada, levando em conta a situação de uso, ou seja, assumindo a ideia que inexistente sentido intrínseco no enunciado normativo, não se deve ficar atado exclusivamente a paradigmas puritanos (típicos do segundo marido de Dona Flor, aqui representada pela Hermenêutica Jurídica), sendo igualmente salutar a adoção de parâmetros mais “mundanos” (esses próprios do primeiro marido, Vadinho), mormente no que tange às limitações interpretativas que se quer incutir para debilitar o ativismo judicial. Observe-se.

Por melhor que seja a teoria desenvolvida sobre legítimas limitações interpretativas do Direito, simplesmente não se pode obrigar ninguém a segui-la, por mais bem-intencionado que esteja o doutrinador. Por isso, o uso das limitações deve decorrer da percepção que caso inexistissem balizas essa liberdade total também seria prejudicial aos próprios julgadores ativistas.

Não se deve apelar somente para sentimentos nobres, como “fazer justiça”, “efetivar a isonomia”, vez que o Judiciário não é composto, assim como toda e qualquer função desempenhada pelo ser humano, apenas por “pessoas boas e justas”. E nem se pode ficar refém desse tipo de contingência! Não se pode esquecer que o ser humano, em que pese haver exceções, responde mais efetivamente quando confrontado com uma estrutura de incentivos.

A rigor, essa afirmação que o ser humano “responde melhor” quando está diante de estímulos que lhes sejam favoráveis (CHIAVENATO, 2005), prescinde de mais acurada análise empírica, vez que facilmente verificável, ainda que em abstrato, pois que decorre da própria natureza humana. Uma exemplificação pode ser saudável para esse propósito. Observe-se.

Imagine-se um professor que faz o seguinte convite a seus alunos: “Teremos aula domingo próximo, às sete horas da manhã. Ninguém está obrigado a vir, mas é importante o comparecimento, vez que o assunto é de grande relevância.” É bem possível a presença de alguns alunos, impelidos pelo elevado propósito de aprender. Isso é inegável.

No entanto, nem de longe o *quorum* será tão robusto quanto se o professor propuser: “Quem vier terá dois pontos na média de minha disciplina!”. Seria muito provável faltarem assentos na sala, dado o grande apelo que teria. Ou seja, o ser humano tende a responder mais efetivamente a estímulos proveitosos para si (CHIAVENATO, 2005). De tão verossímil, de tão

apegada à realidade, de tão afeta à natureza humana, prescinde a afirmação de maiores esforços para comprovar-se.

Por mais que se queira combater essa realidade – e isso também é legítimo –, não se pode negar que ela existe, e é forte. Há que ser honesto com os fatos. Negar a sua existência por conta de pruridos morais é postura meramente pudica e incompatível com a academia. Não se trata de apologia ao utilitarismo; trata-se de constatar que se este for utilizado parcimoniosamente, nos estritos termos propostos neste trabalho, por mais que seja por vias oblíquas, a justiça social se efetivará.

Falando de outra forma, o utilitarismo seria utilizado para um propósito edificante, servindo como verdadeira vacina contra ativismos, tal qual a serpente que fornece o veneno para a feitura do antídoto que há de combater a peçonha do próprio réptil. É o utilitarismo sendo utilizado contra posturas utilitaristas. Trata-se, portanto, de fazer a harmoniosa compatibilização entre virtude (Teodoro) e falta de virtude (Vadinho). Depende da dosagem utilizada. Nesse sentido, observe-se o trecho da canção “O Trem das 7”, de Raul Seixas: “Ói, olhe o mal, vem de braços e abraços com o bem num romance astral.<sup>136</sup>”

Outro exemplo, à guisa de indagação: qual o vendedor que tende, em regra, por óbvio, a ser mais produtivo, a conseguir os melhores resultados nas vendas, aquele que recebe salário fixo, independentemente do montante vendido, ou aquele que ganha por comissão, ou seja, aumenta os seus vencimentos à medida que vende mais? A resposta segue indubitavelmente inclinada, com esteio em Chiavenato (2005), para a segunda opção.

Em assim sendo, o próprio hermenêuta deve sentir a necessidade de se autolimitar. Por isso a necessidade que a Hermenêutica Jurídica possui de seus dois maridos: Teodoro e Vadinho. Teodoro porque nada há de incompatível em o indivíduo espontaneamente limitar-se interpretativamente impelido por sentimentos nobres, como o de proferir uma sentença justa, equânime; Vadinho, a seu turno, porque mesmo que o móbil autorrestritivo seja “beneficiar-se” – ver-se-á em breve qual será o alcance desse vocábulo, para evitar-se mal-entendido –, ou seja, sentimento nada excelso, aumentaria exponencialmente a segurança jurídica, ante o crescimento da previsibilidade comportamental.

A conjugação dos dois maridos da Hermenêutica Jurídica se justifica exatamente pela contingência própria da natureza humana do julgador (JAPIASSU, 1975): não se pode saber quais são as inclinações dos diversos magistrados, mas sejam elas quais forem, boas ou ruins, as decisões tenderiam a ser justas, por conta da efetivação da isonomia e da segurança jurídica.

---

<sup>136</sup> Disponível em <https://www.cifraclub.com.br/raul-seixas/o-trem-das-sete/letra/> Acesso em 11 jun. 2019.

Exemplificativamente, tem-se que um juiz que profere decisões de acordo com sua mera subjetividade, sem padrão, portanto, envia clara mensagem para os jurisdicionados: “aqui eu julgo de acordo com meus humores, porque sou o magistrado!”. Consequência quase inevitável: aumento no número de processos para julgar, vez que as pessoas, ante a falta de padrão nas decisões, utilizariam o Judiciário como álea, aventurar-se-iam judicialmente, pois pensariam “nem tenho tanta certeza sobre a viabilidade de meu pleito, mas mesmo assim judicializarei. Vai que que fica a cargo de um juiz que está em um bom dia!”.

Isso é ruim até para o julgador que se reputa como onipotente, e que se vangloria por julgar como quer, muitas vezes ao arrepio das normas jurídicas, porque aumentará a sua carga de trabalho. Nesse sentido, por mais que o sentimento que o ate às limitações não seja puro, tenderia a ser mais cauteloso nos decisionismos, nem que fosse para não estimular a judicialização desenfreada e, com isso, não ter um volume de processos tão grande para julgar (daí o “beneficiar-se”). Seja como for, ainda que impelido por preguiça ou outro motivo ignóbil, Vadinho seria postura interpretativa que promoveria a justiça.

A ideia, por conseguinte, é alertar que a interpretação demanda, para que cumpra o papel de efetivador da equidade, considerar que o que move o ser humano não são apenas sentimentos altaneiros, sublimes, mas que também é de grande estímulo para a ação a resposta a uma estrutura de incentivos, simplesmente porque são humanos e, conseqüentemente, falíveis.

A proposta é “obrigar”, ainda que por essa via de satisfazer aos seus interesses, nem que seja por preguiça, pela necessidade de trabalhar menos, efetivar a justiça social.

Por fim, entende-se que essa intuição do pesquisador acaba por ser satisfatória sob dúplice perspectiva, ao conferir relativa previsibilidade comportamental à atividade judicante e, com isso, reduzir o ativismo judicial, vez que julgadores ativistas e mesmo aqueles de personalidade flexível adotariam posturas autorrestritivas nem que fosse para se beneficiarem (Vadinho), trabalhando menos, e aqueles que tenham o perfil distinto (Teodoro), naturalmente se autolimitariam interpretativamente, sem intentar benefícios.

Não se trata de entender ser o homem mau por natureza (HOBBS, 2000), até porque se admite também Teodoro, mas sim de entender que também há pessoas de personalidade flexível no Judiciário, e independentemente disso é preciso inseri-las nessa estrutura de autorrestrição interpretativa, e para tanto, ao pesquisador, por mais que fatalmente se encontre erros em sua visão, não ocorre outra forma mais eficaz de reduzir decisionismos a não ser esta, vez que os julgadores sentiriam a necessidade, seja por qual motivo for, de adotarem postura autolimitativa interpretativa.

## CONCLUSÃO

Chega-se ao fim do trabalho, ao menos do seu ponto de vista formal, e o autor acredita haver abordado com solvência a problemática central a que se propôs analisar, qual seja, a de desvelar se a proposta hermenêutica jurídico-econômica de Richard Posner (2011) falha ou não quando sugere objetividade racional, autorrestritiva, na aplicação do Direito e, ao final, trazer parâmetros interpretativos que possam orientar aos que se dão à árdua tarefa de atribuir significações à norma jurídica que rechacem o absurdo, ou seja, preservando-lhe a estrutura de base.

A hipótese da investigação defendida é que a Análise Econômica do Direito com esteio em Posner (2013) é potencialmente falha, porquanto sustenta o alijamento de ideologias, com suposto propósito de conferir maior previsibilidade comportamental à interpretação, mas em realidade deságua na adoção – de maneira sorrateira – de uma ideologia própria (MARCUSE, 1973, HEAD, 1987): a da lógica de mercado, pautada na maximização da riqueza e na eficiência que, embora atenuada, ainda assim continua nefasta, em substituição a outras tantas ideologias existentes.

Houve o cuidado do autor para com aqueles que, ao honrarem com eventual leitura, não atribuam açodadamente a pecha de um trabalho com pretensões totalizantes – que seriam inevitavelmente infaustas –, no sentido de a proposta aqui trazida para a interpretação do Direito ser a única “correta” (PERELMAN, 1998). Tal equívoco, caso existisse, não deveria ser tolerado.

O pesquisador é sabedor disso, e acautelou-se quanto a esse aspecto não por temor à crítica, mas por consciência, vez que acredita firmemente que o Direito é realidade construída socialmente, e, como consectário lógico, sua aplicação não comporta percepção unívoca: impende, pois, criar condições para que a inovadora (GADAMER, 2011a) tarefa hermenêutica se pautе pela plausibilidade dos argumentos, reconhecendo a possibilidade da coexistência de várias interpretações defensáveis, entendendo que sua proposta é mais uma dentro de um universo repleto de propostas igualmente ou até mais verossímeis que a sua.

Dessa maneira, desde já o escrevinhador desta tese afirma que absolutamente escrito acadêmico nenhum queda-se pronto, definitivo. No entanto, dentro da falibilidade que é ínsita ao ser humano, pensa haver cumprido a exigência própria de um trabalho doutoral: contribuir com uma ideia dotada de ineditismo e originalidade.

Quanto ao ineditismo, teve-se a busca da redução da subjetividade do julgador no processo de interpretação do Direito, ao indicar que os interesses a serem robustecidos são os

da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, materializados em seus objetivos fundamentais, no artigo 3º<sup>137</sup>, e não os do julgador ou de qualquer outra função estatal.

A originalidade, por sua vez, consistiu em estudar especificamente a proposta de autorrestrrição hermenêutica judicial de Posner (2011) para o Direito, com suas potenciais falências, sugerindo premissas epistemológicas para superar-lhe o vazio.

Entende o pesquisador que um trabalho doutoral deve se acercar demasiado daquilo que ROTTERDAM (2002, p. 11-12) cognominou “loucura.” Por evidente que o vocábulo não experimenta para Rotterdam (2002) o sentido corrente, qual seja, o de alucinação ou de demência; ao revés, a “loucura” é aqui concebida em textura aberta, como expressão criativa do ser humano. Assim deve ser uma tese, segundo concebe o autor desta tese que se avizinha do fim.

No entanto, até por compreender que a inovação deve ser a viga central de um trabalho deste tipo, não pode deixar de consignar que, embora esteja satisfeito com o resultado do mesmo, habita no íntimo do pesquisador uma certa dose de frustração com a escrita acadêmica em si, na qual mesmo em sede doutoral compele o escrevinhador a “apoiar” praticamente todos os seus posicionamentos em outros autores, ainda quando seja uma intuição genuinamente sua. E pensa que não está sozinho nessa frustração. Nesse sentido, veja-se o que diz Cervantes (2003):

Porque quereis vós que me não encha de confusão o antigo legislador, chamado Vulgo, quando ele vir que no cabo de tantos anos, como há que durmo no silêncio do esquecimento, me saio agora, tendo já tão grande carga de anos às costas, com uma legenda seca como as palhas, falta de invenção, minguada de estilo, pobre de conceitos, e alheia a toda a erudição e doutrina, sem notas às margens, nem comentários no fim do livro, como vejo que estão por aí muitos outros livros (ainda que sejam fabulosos e profanos) tão cheios de sentenças de Aristóteles, de Platão e de toda a caterva de filósofos que levam a admiração ao ânimo dos leitores, e fazem que estes julguem os autores de tais livros como homens lidos, eruditos e eloquentes? Pois que, quando citam a Divina Escritura, se dirá que são uns Santos Tomases, e outros doutores da Igreja, guardando nisto um decoro tão engenhoso, que em uma linha pintam um namorado distraído, e em outra fazem um sermãozinho tão cristão, que é mesmo um regalo lê-lo e ouvi-lo<sup>138</sup>. De tudo isso há de carecer o meu livro, porque nem tenho que notar nele à margem, nem que comentar ao fim (...) Enfim, meu bom e querido amigo, continuei eu, tenho assentado comigo em que o Senhor Dom Quixote continue a fazer sepultado nos arquivos da Mancha até que o céu lhe depare pessoa

<sup>137</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “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.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 12 out. 2019.)

<sup>138</sup> Esta irônica enumeração de autores, segundo o tradutor da obra, é dirigida a Lope de Veja, com quem Cervantes esteve inimizado.

competente que o adorne de todas essas coisas que lhe faltam, porque eu me sinto incapaz de remediá-las em razão das minhas poucas letras e natural insuficiência, e, ainda de mais a mais, porque sou muito preguiçoso e custa-me muito a andar procurando autores que me digam aquilo que eu muito bem me sei dizer sem eles. (CERVANTES, 2003, p. 20-21)

Não desconsidera o pesquisador que dada ideia a justificar um ponto de vista qualquer pode coincidir com outros já existentes – embora o autor sequer possa saber da existência desses “mesmos” pontos de vista –, vez que é verossímil, segundo Kant (2002, p. 44), encontrar algo absolutamente apriorístico, assim como não se constitui em apropriação de ideias alheias o continuar a pensar algo que já começou a ser pensado por alguém, evoluindo-o, empiricamente. Dito de outra maneira, as ideias não são passíveis de exclusividade por este ou por aquele indivíduo. Nesse sentido, observe-se Kant (2002):

Dúvida não há de que todo o nosso conhecimento principia pela experiência. Sem dúvida, que outro motivo poderia despertar e pôr em ação a capacidade de conhecer senão as coisas que afetam os sentidos e que, de um lado, por si mesmas dão origem a representações e, de outro lado, movimentam nossa faculdade intelectual e levam-na a compará-las, ligá-las ou separá-las, transformando então a matéria bruta das impressões sensíveis num conhecimento que se denomina experiência? Dessa forma, na ordem do tempo, nenhum conhecimento precede em nós a experiência e é com esta que todo o conhecimento se principia.

Porém, se todo o conhecimento se principia com a experiência, isso não prova que todo ele derive da experiência. Nosso próprio conhecimento experimental bem poderia ser um composto do que recebemos por meio das impressões sensíveis e daquilo que a nossa própria capacidade de conhecer – apenas acionada por impressões sensíveis – produz por si mesma, acréscimo esse que não distinguimos dessa matéria-prima, enquanto a nossa atenção não despertar por um longo exercício que nos capacite a separá-los.

Ao menos, uma questão há, pois, que carece de estudo mais atento e que não se resolve à primeira vista, senão vejamos: se poderá haver um conhecimento tal, independente da experiência e de todas as impressões dos sentidos. Denomina-se *a priori* esse conhecimento e distingue-se do empírico, cuja origem é *a posteriori*, ou seja, na experiência. (KANT, 2002, p. 44)

Entretanto, é o pesquisador ciente que tal limitação, imposta pela linguagem científica, é algo próprio para o constituir-se da ciência enquanto tal; não se trata, pois, de questionar o uso deste tipo de escrito, mas o próprio paradigma estabelecido de escrita científica.

Ainda assim, espera-se haver contribuído, já nesse estágio do trabalho – vez que a ideia é continuar maturando-o, por meio de estudos futuros –, para o aperfeiçoamento dos processos que podem conduzir a uma razoável interpretação do Direito, especificamente e, em geral, com a melhoria das próprias instituições jurídicas, vez que o aspecto hermenêutico, com esteio na perspectiva filosófica de significação *a posteriori* (GADAMER, 2011a) assume posição central nas intrincadas relações sociais que reclamam respostas adequadas do ordenamento jurídico.

Para tanto, de início foi explicado-se como ocorre a “leitura” do Direito pelo ferramental econômico, desde os antecedentes históricos da teoria da Análise Econômica do Direito, em meados do século XX, na Escola de Chicago (ROEMER, 1994), que contou com figuras do

quilate de Ronald Coase (1960), Guido Calabresi (1961) e Richard Posner (2013). Entretanto, verificou-se inexistir coesão no Movimento, que se desdobrou em variadas perspectivas, ou “Escolas” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Entretanto, a perspectiva adotada como recorte epistemológico deste trabalho foi a de Richard Posner (2013); não por um juízo arbitrário do pesquisador, mas por ser esse o autor mais difundido do Movimento, especialmente no Brasil, sendo as suas obras as que mais “povoam” as bibliografias dos cursos de graduação e pós-graduações (em especial as *stricto sensu*) brasileiros, consoante trazido em números (cf. HEINEN, 2016).

Richard Posner, então, a partir dos anos 1970 empreende tarefa no sentido de tornar o Direito dispositivo econômico (HEINEN, 2016), calcado na ideia da primazia do efficientismo (SALAMA, 2010) e, como consequência, da maximização da riqueza. Em outros termos, objetiva deixar o Direito a serviço da Economia, ou da lógica de mercado, ainda que subliminarmente, desprezando a realidade social das normas jurídicas, assim como desconsiderando as articulações existentes entre estas e as forças políticas.

Tudo isso sendo justificado pelo caráter científico (POSNER, 2010) que a Economia legaria ao Direito, com sua pretensa metodologia comportamental “fatalista”, no sentido de dar a segurança jurídica que o social exige, e que as normas jurídicas isoladamente não lograriam. Efeito: feitura de normas e decisões (entenda-se interpretações das normas) consequencialistas, que reduziriam a posturas, especialmente as judiciais, ativistas, decisionistas (POSNER, 2003).

A ideologia do legislador, assim como a do julgador, portanto, restariam diminuídas ao ponto de conferir previsibilidade às decisões (POSNER, 2011), seja no ato legislativo em si, seja no ato de “dizer o Direito” no caso concreto. Veja-se, portanto, que o afã totalitário da Análise Econômica do Direito faz com que a mesma não fique circunscrita a aspectos que envolvam diretamente recursos financeiros, mas a ideia é se espriar por todos os ramos jurídicos.

A limitação do poderio estatal, especificamente quanto ao Judiciário, é mais que necessária, e por essa razão o ideário jurídico-econômico afigura-se como bem atraente (POSNER, 2012); atraente ao ponto de arregimentar muitos simpatizantes a engrossar-lhe as fileiras, e em marcha ascendente.

No entanto, esse discurso de autorrestrrição (POSNER, 2012) alijado de vieses ideológicos fica apenas como “verniz”, mero simulacro, vez que em seu cerne habita o real propósito: a implantação – disfarçada, por óbvio – da ideologia mercadológica (POSNER, 2011), com a substituição de quaisquer outros pontos de vista – de consagração de direitos fundamentais, inclusive – que inviabilizassem a integral efetivação do progresso econômico.



Daí o caráter ideológico (MARCUSE, 1973; HEAD, 1987) da teoria e, por conseguinte, falho da proposta, que Posner tanto busca ocultar.

É possível que quem mais haja denunciado os equívocos da Análise Econômica do Direito tenha sido Ronald Dworkin (1980), centrando seus esforços em demonstrar que a maximização da riqueza e a eficiência não podem ser havidos como valores. Em atenção a essa postura de resistência dedicou-se tópico próprio nessa pesquisa.

Dworkin (1980) assim se manifestou por não conceber como verdadeiramente morais essas referidas vigas de sustentação da teoria economicista em apreço, que orientam os magistrados a agirem em conformidade com a racionalidade própria de um amálgama da eficiência de Pareto com a de Kaldor-Hicks, passando o órgão julgador a ser agente ativo na implementação da ideologia econômica de maximização das riquezas sociais (POSNER, 2011). Dessa maneira, a lógica trazida pela Análise Econômica do Direito não apenas não é desejada, como também deve ser combatida (DWORKIN, 1980).

No capítulo seguinte – o segundo – discutiu-se de maneira mais acurada os principais pontos da teoria hermenêutica de Posner (2011) para o Direito enquanto parâmetro de autocontenção judicial como sendo algo falseador da realidade. Para tanto, analisou-se se as alterações pelas quais sua doutrina passou (SALAMA, 2010), do primado do critério da eficiência ao consequencialismo pragmatista, foram suficientes para conferir sustentação à sua teoria.

As aludidas alterações do pensamento (SALAMA, 2010) não foram algo que se possa dizer naturais, espontâneas, mas deveram-se em grande parte às posturas de resistência à Análise Econômica do Direito, mormente com Dworkin (1980), ao longo de praticamente uma década e meia de embates entre os dois teóricos. Entre o extremismo efficientista de 1973, quando da publicação por Posner da primeira versão de sua obra, homônima do Movimento, e os temperamentos pragmatistas (POSNER, 1985) de meados da década de 1980, e início da década de 1990, vale destacar que Posner tentou conferir feição de caráter ético à maximização da riqueza quando esta, por sua vez, teria o condão, segundo seu juízo, de condicionar o Direito.

Por óbvio que essa pretensão, típica do cariz imperialista da economia liberal, foi arduamente combatida (DWORKIN, 1980). Nesse diapasão, infere-se que a ideia do autor era, por meio do estabelecimento de uma distinção terminológica, embasar uma visão peculiar de utilitarismo, pretensamente benéfica ao social, caso comparada com a clássica concepção de utilitarismo (POSNER, 1979). Nada mais que manobra para atenuar os rigores opostos à sua teoria jurídico-econômica.

Ainda que o eficientismo tenha sido mitigado (POSNER, 1985), ao aderir a um pragmatismo consequencialista com “toques” eficientistas, o autor fundamenta a aplicação do Direito em um *stare decisis* baseado em um paradigma reducionista deste, qual seja, o de sua conformação consoante os ditames econômicos (HEINEN, 2016), a partir de uma racionalidade que visa a efetivar o modelo econômico levado a cabo por Posner, notadamente quando este não insere a racionalidade maximizadora de riquezas (HEINEN, 2016)) como mero antecedente, mas como protagonista.

Em outros termos: insere a racionalidade maximizadora como fim principal a ser buscado por sua teoria jurídico-econômica (POSNER, 2010), olvidando-se, voluntária ou involuntariamente, que os objetivos colimados pelo Direito são alcançados por meio de um condicionamento político recíproco (HEINEN, 2016) entre os grupos políticos em dado contexto. Por isso mesmo entende-se neste trabalho doutoral que a atenuação de sua doutrina não confere a esta o sustentáculo buscado.

A seguir, analisou-se como se dá, de maneira mais direta, a proposta posneriana de autorrestrição interpretativa judicial (POSNER, 2011), estribada em seu ideário econômico. Expôs-se que concepções de autolimitação judicial não são exatamente novas, embora o tema pareça bem hodierno, pois já no crepúsculo do século XIX James Bradley Thayer (1893) esboçava a ideia, buscando evitar ao máximo intromissões do Judiciário em questões políticas.

Ou seja, sem suprimir o controle judicial sobre os atos das demais funções estatais, referido autor (THAYER, 1893) prega que a intervenção deve ser a *ultima ratio*, apenas quando houver dúvida que supere o critério do razoável, pugnando, dessa forma, pela negação do cognominado “ativismo judicial”.

Quanto a Posner (2011), em sua ideia de autorrestrição interpretativa, associa a função desempenhada pelo magistrado a profissões de mercado e, dessa maneira, a figura do julgador pautará suas decisões a partir dos marcos estabelecidos pelo liberalismo econômico, vez que a maximização da riqueza assume posição central nessa lógica mercadológica. Tudo isso sob o pretexto de reduzir o realismo jurídico (POSNER, 2011), conferir rigidez metodológica ao Direito (POSNER, 2010), tornando, portanto, as decisões mais previsíveis, conferindo segurança jurídica aos provimentos jurisdicionais (POSNER, 2003).

Essa é a justificativa. Entretanto, a consequência a que se chega após a análise das obras em apreço é a drástica relativização de direitos fundamentais, vez que estes são considerados, pelo liberalismo informador (ROSA, 2012), como empecilhos à eficiência, em razão de demandar “gastos” – quando deveriam ser vistos como investimentos no social – para sua implementação. Tal paradigma não é comungado pelo pesquisador desta tese.

Posteriormente reflexionou-se tematicamente sobre a possível falha na teoria hermenêutico-jurídica de viés econômico de Posner, tomando por base a “velocidade” e “liquidez”, aspectos caracterizadores da literatura de Zygmunt Bauman (2004).

A articulação entre esses dois pensadores é justificada pelo fato de o paradigma juseconômico conduzir à feitura e aplicação de um Direito que, se não desconsidera o social, ao menos dificulta demasiado a implementação do mínimo invulnerável, pois a ideologia mercadológica que Posner (2011) incute é marcada exatamente pela facilidade de substituição ou redução drástica, e de maneira açodada, de direitos – mesmo os fundamentais –, quando estes não mais satisfaçam às exigências de mercado; tal qual preceitua Bauman (2004), quando da análise do amor desde o parâmetro dos bens de consumo, que, uma vez não mais satisfazendo as vontades de um sujeito cada vez mais individualista, rapidamente são cambiados por outros igualmente voláteis, que também logo serão trocados (cf. BAUMAN, 2004).

Em verdade, a Análise Econômica do Direito transforma os sujeitos de direito, e os direitos em si, através de um Direito que passa a ser mero dispositivo econômico (HEINEN, 2016), em objetos, vale dizer, em coisas, que se podem trocar livremente (ROSA, 2012) e a qualquer tempo, bastando para tanto que as injunções do imperialismo econômico, fortemente liberal, assim o determinem. Para tanto, analisaram-se algumas consequências do paradigma econômico, quais sejam, a efemeridade das relações sociais, o mal global e a indução ao consumo inconsciente.

A cruel consequência que acaba ocorrendo em função da própria volatilidade, decorrente da velocidade e fluidez (BAUMAN, 2004) da Análise Econômica do Direito, é que os direitos – e seus sujeitos – passam a ser, sem maiores amarras, “trocados”, e o pior, em uma celeridade que praticamente impossibilita uma visão crítica do fenômeno (POSNER, 2010): a assimilação passa a ser, pois, “natural”, e sem qualquer tipo de filtragem. E se a medida é o liberalismo econômico, este, por óbvio, com seu viés limitador de direitos, será encarado igualmente como “natural”, o que, efetivamente, não se pode conceber.

Passadas essas reflexões, perscrutou-se o ativismo judicial (STRECK, 2013b): em que este consiste, quais são alguns de seus potenciais efeitos, e se há situação(ões) em que o mesmo passa a ser desejável, bem como se há incompatibilidade entre valores, que podem fomentar decisionismos, e um ordenamento garantista.

A análise do ativismo judicial deve-se ao fato de a proposta hermenêutica de Posner (2011), longe de afastar decisionismos, os estimula, a partir da debilidade que a lógica de mercado produz nas normas jurídicas, ao reduzir o Direito a mero dispositivo econômico

(HEINEN, 2016), ainda que Posner (2011) tente com todas as suas forças essa inarredável realidade.

Ademais, ainda que não houvesse o ativismo, mesmo assim o legado hermenêutico juseconômico seria prejudicial, porquanto desaguaria em uma prestação jurisdicional previsível, típica do *stare decisis*, mas altamente indesejada (ROSA, 2012), pois as decisões seriam sempre em uma mesma direção: na efetivação do ideário econômico dificultador da implementação de direitos.

Definiu-se que a despeito da expressão ativismo judicial (THAYER, 1893) não ser necessariamente vinculada ao negativo aspecto da intrusão do Judiciário nas demais funções estatais, por força do preceito de envergadura constitucional conhecido como inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), assim como da harmonia, sem rompimento da independência, que deve haver entre os Poderes instituídos (artigo 2º, também da Carta Magna brasileira), fazendo com que a interferência do Judiciário no Legislativo e no Executivo seja legítima, essa apenas se justifica em situações limite (THAYER, 1893), quando houver dúvida acima da razoabilidade sobre a retidão dos procedimentos dessas duas últimas funções.

Em geral, a expressão vem carregada da pecha de intromissão indevida, e, por isso mesmo, quando neste trabalho não se fez qualquer ressalva, estava-se referindo ao seu sentido negativo.

Quanto a possíveis efeitos do ativismo judicial, intuiu-se, como consequência da falta de previsibilidade das decisões judiciais, a utilização do Judiciário como um verdadeiro “jogo de azar”, vez que como inexistiria um mínimo padrão, provavelmente muitas pessoas se aventurariam juridicamente, ajuizando demandas impertinentes, “arriscando ganhar algo”. Tal intuição restou comprovada estatisticamente. Afinal, não é esse o propósito quando se aposta em uma roleta, nos dados etc., contar com a imprevisibilidade a seu favor? Os decisionismos fazem isso com o Judiciário.

Como se não bastasse, há outros potenciais desdobramentos, comprovados estatisticamente, a saber, o crescimento do número de ações correlatas a assuntos cujos provimentos jurisdicionais foram “solucionadas” à míngua de critérios objetivos e, como apanágio, a ineficácia da norma constitucional que garante a todos a razoável duração do processo, materializada no artigo 5º, LXXVIII, pois é natural que com mais processos – que provavelmente sequer seriam propostos não fossem os decisionismos – a serem julgados o

tempo de espera do jurisdicionado seja bem maior do que o já atualmente dilatado (cerca de oitenta milhões de processos judiciais ativos em 2017<sup>139</sup>).

Mas mesmo sendo o ativismo judicial havido pelo pesquisador como consequência de sua análise, pernicioso, ponderou-se sobre a possibilidade, e até mesmo da necessidade de maior liberdade judicial. Nesse ponto, considerou-se como desejáveis decisionismos em uma situação bem peculiar: quando da implantação, formal ou informal, de regimes ditatoriais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018), pois nesse caso, em razão da falta de limites e vínculos a uma legalidade (FERRAJOLI, 2015) que estaria a serviço de um projeto de poder escuso, porquanto injusto e desumano, o Direito, por meio de sua aplicação, deve resistir às injunções do poder vigente, abrandando os rigores de um ordenamento jurídico totalitário que atenta contra aquilo que deveria defender, a saber, a democracia (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Para tanto, fez-se um paralelo com a Jurisprudência dos Valores (STRECK, 2013b), e advertiu-se que mesmo a utilização desses critérios de justiça devem se dar de maneira parcimoniosa e por tempo determinado, pois trata-se de uma excepcionalidade para combater outra excepcionalidade; caso assim não fosse, o antídoto converter-se-ia veneno, e ocorreria simplesmente a troca de uma ditadura por outra: a dos poderes políticos *stricto sensu* (Executivo e Legislativo) pela ditadura judiciária, que é exatamente o que mais se combateu neste trabalho.

Ao final do terceiro capítulo indagou-se a respeito da (in)compatibilidade de um ordenamento jurídico garantista (FERRAJOLI, 2015) com a aplicação do Direito sob o prisma principiológico. Com isso, vieram à baila as consequentes noções de constitucionalismo (garantista e neoconstitucionalista), quando se concluiu que, em função de não se conceber os juízos moral e jurídico como realidades incomunicáveis (FERRAJOLI, 2015) – embora não englobantes uma da outra, dada a autonomia de ambas – não há qualquer razão para ser havida por excludente a hipótese de um sistema garantista e sua aplicação principialista.

Por fim, propôs-se, no quarto capítulo, o estabelecimento de marcos que podem auxiliar o processo de interpretação do Direito dentro de uma maior objetividade – ou menor subjetividade –, até para que o pesquisador não seja tachado de simplesmente criticar a proposta hermenêutica de Posner (2011) como frágil porquanto ideológica, sem que forneça, ainda que a título sugestivo, alternativas para que os processos interpretativos se pautem por instrumentos os mais aliados possíveis de aspectos ideológicos. Para essa finalidade, entendeu-se ser necessário definir premissas idôneas.

---

<sup>139</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-2-2/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>>. Acesso em 10 out. 2019.

Tais premissas objetivam, inicialmente, fornecer defensável objetividade à atividade interpretativa, em função de a proposta hermenêutica de Posner (2011), tal como se encontra estruturada, não se sustentar, dado o caráter “englobador” da Economia, em especial da Teoria Microeconômica (SILVA, 2017), que faz o Direito resumir-se a dispositivo (HEINEN, 2016) dotado de exigibilidade garantida a efetivar o projeto econômico-liberal.

Para que a teoria hermenêutica posneriana gozasse de maior legitimidade deveria vir baseada em uma ideia de condicionamento recíproco entre Direito e Economia (ESTEVES, 2010), vez que por mais que a linha de pensamento que norteou esta tese tenha sido a de uma postura de resistência ao aspecto específico da proposta hermenêutica do Movimento Análise Econômica do Direito sob a perspectiva de Posner, não se pode negar que o Direito estabelece conexões com múltiplos campos do saber, dentre eles a Economia; o que se questiona é o caráter de submissão daquele a esta, e não de mútua influência, ao desconsiderar que os direitos se desenvolvem em uma dimensão também política (HEINEN, 2016). Nesse sentido, as premissas propostas quiçá possam ajudar a corrigir tais distorções.

A primeira foi a da adequada alocação dos juízos morais no Direito, alocação essa que deve se dar em um momento de pré-positivação do Direito; a segunda, a ampliação dos legitimados a interpretar o Direito (BONAVIDES, 2001; HÄBERLE, 1997), rompendo com o paradigma – entendido pelo pesquisador como preconceituoso – segundo o qual apenas aqueles que possuem o conhecimento técnico-jurídico podem contribuir para a atribuição de sentidos, pois como comunga-se da perspectiva que a norma apenas passa a “dizer algo” após a interpretação (GADAMER, 2011a), caso se negasse o direito de todos contribuírem, o consectário lógico seria que essas pessoas alijadas somente possuiriam deveres; e a terceira seria a necessidade de as decisões judiciais constituírem-se em verdadeiras teorias gerais a serem aplicáveis aos futuros casos semelhantes, evitando, com isso, tratamentos não isonômicos.

Finalizando, valendo-se das imbricações existentes entre Direito e Literatura, fez-se um paralelo da Hermenêutica Jurídica com a obra *Dona Flor e seus dois maridos*, de Jorge Amado. A vinculação se dá pelo fato de a Hermenêutica necessitar, para se efetivar, não apenas das boas intenções dos aplicadores (SILVA, 2017), em especial as de magistrados, vez que por melhor que seja a teoria essa não possui o caráter de cogência, ou seja, não se pode obrigar quem quer que seja a usar. Nesse sentido, apela-se para a natureza interessada do ser humano (CHIAVENATO, 2005), pois concebe-se que este tende a “responder melhor” quando confrontado com uma estrutura de incentivos.

Tal estrutura de incentivos se dá pelo fato de demonstrar que posturas ativistas são prejudiciais ao próprio Judiciário, nem que seja pelo fato do possível aumento do número de processos a serem julgados ante a falta de padrão nas decisões que estimulariam uma maior judicialização, pois ali iriam trabalhar mais, e sem necessidade.

Não se quer dizer com isso que a natureza do julgador é má por excelência (HOBBS, 2000); mas é indubitável que nem só de indivíduos de bons propósitos se constitui qualquer casta profissional, e o Judiciário, por óbvio, não é exceção. O que se tenta trazer é que por mais que os pendoros não sejam os melhores, a postura de autorrestrição ocorreria, nem que fosse para se beneficiar, o que não implica que inexistam pessoas bem-intencionadas.

Assim, a Hermenêutica Jurídica necessita de seus dois “maridos” (AMADO, 2012), um pautado por boas intenções, de aplicar o Direito dentro de parâmetros que vedem o absurdo (Teodoro), mas também por outro que, por mais que alijado desses bons sentimentos, ainda assim efetivaria um Direito construído no bojo de um regime democrático (Vadinho). Nesse sentido entende o pesquisador ser a Hermenêutica Jurídica Dona Flor.

Por fim, estando o pesquisador firme no sentido de ser o conhecimento científico algo dinâmico, construído, e não dado, fruto de um irremediável – e saudável – ir e vir constante de teses e antíteses, que jamais se quedará pronto, pretende continuar a desenvolver a temática da necessidade da autorrestrição interpretativa no âmbito judicial, a partir da inserção do direito em realidades científicas outras – mas sempre de forma a privilegiar o condicionamento recíproco –, atento à necessidade da manutenção de sua integridade, mas igualmente alerta ao fato que o Direito é apenas parte integrante de um todo, que é o conhecimento científico, e por isso mesmo com outras realidades deve “dialogar”. Pretende-se promover essa “conversa” de viés autorrestritivo desde a conjugação harmoniosa da “pureza” do direito com sua imersão no “submundo” dos interesses dos intérpretes.





## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMADO, Jorge. **Dona Flor e seus dois maridos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ANDRADE, Oswald de. **Falação**. Disponível em: <https://www.trapichedodosoutros.blogspot.com/2009/11/falacao-de-oswald-de-andrade.html?m=1>. Acesso em 28 maio 2019.
- AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de Teología**. Tomo IV, Parte II-II (b). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014.
- BARRETTO, Tobias. **Estudos de Direito**. vol. 2. Rio de Janeiro: Paulo, Pongetti & Cia, 1926.
- BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Gedisa, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Liquid Evil: living with TINA (there is no other alternative)**. Cambridge: Polity Press, 2016.
- BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderley. Ditadura militar, atos institucionais e Poder Judiciário. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 29, n. 3, p. 587-605, set./dez. 2015.

BENÍTEZ, Luiz Bráulio Farias. *O acesso ao conhecimento do Direito como condição de efetividade da cidadania*. 2006. Tese (Doutorado em Direito). 259 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BENOIT, Lelita Oliveira. **Augusto Comte**: fundador da física social. São Paulo: Moderna, 2006)

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: EdUnB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Alterado pela lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010). Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, DF, 04 set. 1942.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 out. 1966.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 out. 1991.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 nov. 1999.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 set. 2019.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. **Yale Law School Faculty Scholarship**, New Haven, v. 70, n. 4, p. 499-553, jan. 1961.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Metodologia fuzzy e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais**: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CERVANTES, Miguel de. **Dom Quixote de La Mancha**. Vol. I. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. **Comportamento organizacional**: a dinâmica do sucesso das organizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, oct. 1960.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 14 fev. 2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

COSSIO, Carlos; KELSEN, Hans. **Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho: Teoría Ecológica y Teoría Pura**. Buenos Aires: Kraft, 1952.

COSSIO, Carlos. **Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de la Libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COSTA, Alexandre Araújo; COELHO, Inocêncio Mártires. **Teoria Dialética do Direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho**. Brasília: UnB, 2017.

DAL RI JÚNIOR, Arno; POZZATTI JÚNIOR, Ademar. A construção da cooperação jurisdicional nos pressupostos teóricos da obra de Pasquale Stanislao Mancini. **Sequência**, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 273-304, dez. 2012.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.  
\_\_\_\_\_. **O Suicídio**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, p. 191-226, mar. 1980.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Harvard University Press, 1980.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Disponível em: [http://](http://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/01/trump-usa-palavras-de-baixo-calao-ao-falar-sobre-haiti-e-outros-paises.html)

[epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/01/trump-usa-palavras-de-baixo-calao-ao-falar-sobre-haiti-e-outros-paises.html](http://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/01/trump-usa-palavras-de-baixo-calao-ao-falar-sobre-haiti-e-outros-paises.html)>. Acesso em 08 out. 2019.

ÉPOCA. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/politica/noticia/2017/04/joao-doria-eu-nao-sou-politico-nao.html>>. Acesso em 10 out. 2019.

ESTEVEES, Heloísa Borges Bastos. *Economia e Direito: Um Diálogo Possível*. 2010. Tese (Doutorado em Economia). 252 f. – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos**. Tradução Alexandre Araújo de Souza; et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 11. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II**. 6. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2011b.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 45. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

GARCIA, Marcos Leite; VALLE, Juliano Keller do. A lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro: por que (ainda) é necessário falar sobre o garantismo de Ferrajoli?. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, São Luís, v. 3, n. 2, p. 181-197, jul./dez. 2017.

GICO Jr., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014.

GONÇALVES, Marcos Augusto. **1922**: a semana que não terminou. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GONÇALVES, Éverton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Seqüência**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HÄBERLE, Peter. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Vol II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEAD, Brian William. Ideology and Social Science: Destutt de Tracy and French Liberalism. **The American Historical Review**. Bloomington, v. 92, n. 3, p. 681, jun. 1987.

HECK, Philipp. **El problema de la creación del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2017.

HEINEN, Luana Renostro. *Performatividade: O Direito Transformado em Dispositivo pela Análise Econômica do Direito*. 2016. Tese (Doutorado em Direito). 360 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**.

Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, London, v. 49, n. 195, p. 696-712, mar. 1939.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Ícone, 2000.

JAMES, William. **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in Economics. **The Economic Journal**, London, v. 49, n. 195, p. 549-552, mar. 1939.

KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos del Derecho**. Buenos Aires: Americalee, 1943.

\_\_\_\_\_. **A Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **El Método e los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. Ciudad de México: Fontamara, 2008.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations: the rise and fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Polity Press, 2001.

KYMLICKA, Will. **Filosofía Política Contemporánea: una introducción**. Barcelona: Ariel, 1995.

LACLAU, Martín. **La Historicidad del Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

LEITE, Roberto Basilone. *Déficit político do poder judiciário brasileiro: A falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político*. 2011. Tese (Doutorado em Direito). 280 f. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOCKE, John. **Segundo Ensayo Sobre el Gobierno Civil**. Buenos Aires: Libertador, 2009.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Jurídico Atlas, 2015.

MAIR, Peter. **Ruling the Void: The Hollowing-out of Western Democracy**. London: Verso, 2013.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica: para o curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2000.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

MELO, Felipe Barreto de. Hipossuficiência econômica nas ações de tratamentos não padronizados na rede pública de saúde. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 5, p. 117-137, 2016.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade**: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ficha limpa intensificou a judicialização da política. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-06/diario-classe-ficha-limpa-intensificou-judicializacao-politica>>. Acesso em 09 out. 2019.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 13.

PERELMAN, Cháim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução Verginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POSNER, Richard Allen. **El Análisis Económico del Derecho**. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2013.

\_\_\_\_\_. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, Berkeley, vol. 100, n. 3, p. 519–556, 2012.

\_\_\_\_\_. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge, Harvard University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge, Harvard University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. Wealth Maximization Revisited, 2 Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy 85 (1985).

\_\_\_\_\_. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 Journal of Legal Studies 103 (1979).

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1976.

ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo**,



**hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da loucura**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **El origen de la desigualdade entre los hombres**. Buenos Aires: Libertador, 2006.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHLESINGER Jr., Arthur Meier. The Supreme Court. **Fortune**, New York, vol. 35, n. 1, p. 1-18, jan. 1947.

SCHWARTZ, Bernard. **Los poderes del gobierno**. Vol. I. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

SEIXAS, Raul. **O Trem das 7**. Disponível em <https://www.cifraclub.com.br/raul-seixas/o-trem-das-sete/letra/> Acesso em 11 jun. 2019.

SHAKESPEARE, William. **Measure for Measure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014.

SHIMABUKU, Fabiano Augusto Akiyama. *Causas e consequências da operação Lava Jato: um estudo econômico e socioambiental da PETROBRAS*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). 102 f. Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

SILVA, Diego Sabóia e. *A Dicotomia Doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito: A Reciprocidade Jurídico-Econômica*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). 225 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SPALDING, Tassilo Orpheu. **Dicionário de mitologia greco-latina**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1965.
- STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada. In:
- STEPHEN, Frank. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.
- STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.) **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade**. São Paulo: Atlas, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- \_\_\_\_\_. **O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.
- \_\_\_\_\_. **O que é isto? – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.
- \_\_\_\_\_. **Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- \_\_\_\_\_. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford University Press, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200000986119&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 07 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em 23 fev. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/segundo-turno-das-eleicoes-municipais-2016-registra-aumento-de-abstencoes>>. Acesso em 14 jun. 2019.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). 187 f. Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. \_\_\_\_\_ . **Teoria Pura do Direito**: Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VELOSO, Caetano. **Sampa**. Disponível em: [https:// www.lettras.mus.br/caetano-veloso/41670/](https://www.lettras.mus.br/caetano-veloso/41670/) Acesso em 28 maio 2019.

VOEGELIN, Eric. **Justo por natureza**. Brasília: EdUnb, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. 18. ed. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 8. ed. Madrid: Trotta Editorial, 2008.