



## **A aplicabilidade da Análise Econômica do Direito no contexto do exame de proporcionalidade**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Autor: Felipe Nogueira Fernandes

Orientador: Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Brasília - DF

Fevereiro/2014

**Felipe Nogueira Fernandes**

**A aplicabilidade da Análise Econômica do Direito no contexto do exame de  
proporcionalidade**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização  
em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de  
Direito Público, como requisito para obtenção do grau  
de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Ms. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch

Brasília - DF

Fevereiro/2014

**Felipe Nogueira Fernandes**

**A aplicabilidade da Análise Econômica do Direito no contexto do exame de  
proporcionalidade**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização  
em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de  
Direito Público, como requisito para obtenção do grau  
de Especialista em Direito Constitucional.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em \_\_\_ / \_\_\_ / 2014, com menção \_\_\_\_\_  
(\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_

Presidente: Prof. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Integrante: Prof. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Integrante: Prof. \_\_\_\_\_

## RESUMO

Esta monografia trata da aplicabilidade da Análise Econômica do Direito ao discurso jurídico de justificação de decisões que versem sobre ponderação de princípios. Para isso, expõe o exame de proporcionalidade como método de avaliação da constitucionalidade de medidas que, para concretizar um princípio constitucional, causem alguma restrição a outro princípio. Defende-se então que a racionalidade do exame de proporcionalidade e, sobretudo, da ponderação de princípios, depende do processo discursivo em que são apresentadas as premissas que justificam a decisão. Diante disso, parte-se para a exposição da Teoria da Argumentação Jurídica elaborada por Robert Alexy. Nessa ocasião, são expostas as regras e formas de argumentação que conferem racionalidade ao discurso jurídico. Constata-se com isso a relevância da argumentação empírica para o discurso jurídico, especialmente quando se trata de aplicação de princípios constitucionais. Por fim, são apresentadas as características e premissas fundamentais da Análise Econômica do Direito para demonstrar que essa pode ser um rica fonte para construir argumentos empíricos aplicáveis ao discurso jurídico.

Palavras-chave: Proporcionalidade, ponderação de princípios, argumentação jurídica, discurso jurídico, Análise Econômica do Direito, Direito e Economia.

## ABSTRACT

This monograph deals with the applicability of the Economic Analysis of Law to the legal discourse of justification of decisions that deal with weighting principles. To do so, it exposes the proportionality test as a method for assessing the constitutionality of measures that, to achieve a constitutional principle, result in some restriction to another principle. It is argued then that the rationality of the proportionality test, and especially the balancing of principles, depends on the discursive process in which the premises are presented to justify the decision. Therefore, we go to the exposure of the Theory of Legal Argumentation elaborated by Robert Alexy. At that time, will be exhibited the rules and forms of argumentation which confer rationality to the legal discourse. It appears that with the relevance of empirical arguments for legal discourse, especially when it comes to application of constitutional principles. Finally, we present the characteristics and fundamental premises of Economic Analysis of Law to demonstrate that this can be a rich source to build empirical arguments applicable to the legal discourse.

Keywords: Proportionality, weighting principles, legal argument, legal discourse, Economic Analysis of Law, Law and Economics.

## SUMÁRIO

Introdução .....	8
1. O exame de proporcionalidade e a ponderação de princípios .....	10
1.1. O novo constitucionalismo .....	10
1.2. Origens da análise de proporcionalidade .....	13
1.3. Fundamentos do postulado da proporcionalidade .....	15
1.4. Distinções entre princípios e regras .....	17
1.5. A análise de proporcionalidade.....	20
1.6. Elementos da análise de proporcionalidade .....	23
1.7. Considerações finais .....	29
2. A teoria da argumentação jurídica .....	41
2.1. Aspectos preliminares .....	41
2.2. A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy .....	43
2.3. Considerações finais .....	59
3. A Análise Econômica do Direito .....	62
3.1. O avanço do Direito rumo à interdisciplinaridade .....	62
3.2. A ascensão do movimento da <i>Law and Economics</i> .....	73
3.3. A Análise Econômica do Direito positiva e normativa .....	75
3.4. Premissas básicas da Análise Econômica do Direito .....	79

3.5. Eficiência .....	82
3.6. A teoria da escolha racional .....	84
3.7. A economia comportamental .....	88
3.8. A teoria dos jogos .....	89
3.9. Variações no movimento da <i>Law and Economics</i> .....	91
3.10. Considerações finais .....	99
Conclusões .....	105
Referências bibliográficas .....	111

## INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se, sobretudo, pelo reconhecimento da força normativa dos princípios e pela supremacia da Constituição. Robert ALEXY desenvolveu a ideia de princípios como *mandamentos de otimização* e a técnica da *ponderação* como método para avaliar qual dos princípios em colisão deve prevalecer no caso concreto. O novo constitucionalismo baseia-se na premissa de que os direitos e a efetividade de sua proteção configuram aspectos básicos da legitimidade democrática do Estado, rejeitando modelos de soberania parlamentar, bem como ideologias que atribuam a uma única pessoa ou partido uma autoridade política ilimitada (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 86). Para tanto, considerou-se necessário atribuir a um órgão o poder de controlar os atos estatais tendo como parâmetro a Constituição. Os juízes constitucionais passaram então a ostentar uma posição de protagonismo no debate político, pois a eles foi atribuída a função de assegurar a efetividade das normas constitucionais, entre elas os direitos fundamentais.

A constitucionalização de valores e direitos considerados básicos se dá mediante a positivação de enunciados normativos de caráter aberto e vago. Esses valores e direitos muito amplos nem sempre se harmonizam perfeitamente uns com os outros. Portanto, a sua concretização demanda um esforço de compatibilização para a qual tem sido frequentemente aplicado o método do exame de proporcionalidade. O Brasil não escapou a esse fenômeno. A Constituição de 1988 alçou o Poder Judiciário e, particularmente, o Supremo Tribunal Federal (STF), a uma posição de destaque no cenário político nacional. E, no exercício de suas funções, o STF tem aplicado o exame de proporcionalidade reiteradamente. Contudo, não obstante sua ampla aceitação, o método da ponderação de princípios é acusado de *déficit de racionalidade*, que conduziria a julgamentos arbitrários. Surge então o problema de como podem ser racionalmente justificadas as inevitáveis valorações contidas nas decisões que apliquem o postulado da proporcionalidade. A resposta a essa questão é relevante para definir o caráter científico do Direito, assim como a legitimidade dos juízes para darem respostas aos conflitos sociais com base na técnica da ponderação (ALEXY, 2013, p. 24).

Paralelamente à evolução do constitucionalismo no Século XX, desenvolveu-se o emprego da Economia para explicar os fenômenos jurídicos, revelando as suas causas e consequências práticas. Esse método procura aplicar as ferramentas analíticas da ciência econômica às mais variadas áreas do Direito e vem obtendo bastante prestígio nas últimas décadas (SALAMA, 2008, p. 12).



O foco deste estudo consiste em identificar como a ciência econômica poderia auxiliar no processo de fundamentação de decisões que tratem de colisões de princípios. Isso significa tentar estabelecer como a Análise Econômica do Direito poderia ser útil para a definição do peso relativo de cada princípio envolvido na atividade de ponderação. Considerando que os princípios estabelecem estados de coisas a serem concretizados na maior medida possível e que a qualidade da argumentação é um fator decisivo para a legitimação de decisões que envolvam juízos de ponderação, revela-se a importância da análise consequencialista para aferir a constitucionalidade de normas jurídicas que afetem direitos fundamentais, dada a sua natureza principiológica. Procura-se então investigar em que medida a Análise Econômica do Direito seria capaz de aprimorar o processo de fundamentação das decisões judiciais que envolvam o exame de proporcionalidade e a aplicação de princípios na jurisdição constitucional. Portanto, o objetivo do presente trabalho consiste em avaliar a aplicabilidade e limitações da Análise Econômica do Direito para atingir maior consistência argumentativa no âmbito do exame de proporcionalidade.

No primeiro capítulo, será apresentada a distinção entre regras e princípios e o método do exame de proporcionalidade. No capítulo seguinte, será exposta a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert Alexy para tentar demonstrar que o discurso jurídico pode ser considerado racional, desde que observadas determinadas regras e formas de argumentação. Por fim, no último capítulo, serão apresentados os aspectos fundamentais da Análise Econômica do Direito e debatido o seu papel como fonte de argumentos a serem aplicados ao discurso jurídico.

## 1 O EXAME DE PROPORCIONALIDADE E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

### 1.1 O novo constitucionalismo

O controle de constitucionalidade mediante a análise de proporcionalidade de atos do poder público, inclusive medidas legislativas, é fruto de novas características que moldaram o constitucionalismo na segunda metade do Século XX. Esse período é marcado pela superação da ideia de supremacia do parlamento arraigada na Europa desde as revoluções liberais dos Séculos XVII e XVIII, que cede espaço para a supremacia da Constituição, e pela inserção de valores morais e políticos nos textos constitucionais, especialmente um sistema de direitos fundamentais, fenômeno designado como “materialização” das constituições (MENDES, 2012, p. 59). É o que afirma Paulo Branco:

A tensão entre constitucionalismo e democracia se agudiza a medida que mais valores são incorporados ao texto constitucional e um grupo mais volumoso de decisões se torna insuscetíveis de revisão pelas maiorias futuras. O fenômeno, também chamado de ‘materialização da Constituição’, corresponde à passagem do Estado de Direito em sentido formal para o Estado material de Direito e do Estado de Direito em sentido liberal ao Estado Social de Direito. Essa característica, somada ao reconhecimento do valor jurídico superior da Constituição, informa o constitucionalismo do pós-guerra, a que alguns denominam neoconstitucionalismo. (BRANCO, 2009, p. 59-60)

Na Europa, após as revoluções liberais do Século XVIII, diante da necessidade de fortalecer o Parlamento para combater o absolutismo, houve uma supervalorização da lei e do Poder Legislativo. Disso decorreu uma inevitável debilidade do valor jurídico da Constituição na Europa (BRANCO, 2009, p. 24). Paulo Gustavo Gonet Branco explica que:

Supremacia do Parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à ideia de um instrumento normativo superior ao Parlamento e à lei. Inviabilizava-se, desse modo, a noção de Constituição dotada de valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para a aferição da validade jurídica dos atos dos Poderes Públicos. (BRANCO, 2009, p. 27)

No direito americano, o controle de constitucionalidade desenvolveu-se desde o final do Século XVIII, talvez por influência do regime anterior à independência que permitia a invalidação de leis ou costumes da colônia que contrariassem as cartas coloniais, que eram uma espécie de constituição das colônias, num rudimentar controle de constitucionalidade (BARROS, 2003, p. 61). Ao lado do controle de constitucionalidade, também se desenvolveu no direito americano, com base

num alargamento da concepção inicial da cláusula do *devido processo legal*, a ideia de que as leis deveriam observar critérios de razoabilidade para que fossem consideradas compatíveis com a Constituição (BARROS, 2003, p. 62-63). Mas, na Europa, a concepção de supremacia parlamentar permaneceu intocável até o final da II Guerra Mundial, à exceção de uma breve experiência de controle judicial de constitucionalidade ocorrida na década de 1920 na Áustria, inspirada na doutrina de Hans Kelsen.

No período compreendido entre as duas grandes guerras do Século XX eclodiram regimes ditatoriais na Europa. Paradoxalmente, a ideia de supremacia do Parlamento permitiu que os órgãos legislativos transferissem poderes tirânicos ao Poder Executivo como meio de lidar com as graves crises sociais e econômicas das décadas de 1920 e 1930, superando dessa forma os bloqueios legislativos às medidas de urgência (BRANCO, 2009, p. 34). Com o fim da II Guerra Mundial, diante das atrocidades provocadas pelos regimes ditatoriais, ressurgiu na Europa o ímpeto pela busca de soluções para a preservação da dignidade humana contra os abusos dos poderes estatais (BRANCO, 2009, p. 35). Estava patente que o modelo de supremacia parlamentar não era capaz de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais<sup>1</sup>. Abria-se então o caminho para a difusão do controle de constitucionalidade na Europa, que já funcionava nos Estados Unidos desde o final do Século XVIII em razão de suas peculiaridades históricas.

O novo constitucionalismo baseia-se na premissa de que os direitos e a efetividade de sua proteção configuram aspectos básicos da legitimidade democrática do Estado, rejeitando os modelos de soberania parlamentar, tanto quanto as ideologias que atribuem a uma única pessoa ou partido autoridade política ilimitada (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 86). Considerou-se então necessário atribuir a um órgão de caráter jurisdicional o poder para controlar os atos estatais, sejam provenientes do Poder Executivo ou dos parlamentos, tendo como parâmetro a Constituição<sup>2</sup>. Assim, para tornar-se viável, esse novo modelo demanda uma delegação massiva de poderes aos juízes constitucionais (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 86). O controle judicial de constitucionalidade torna-se assim praticamente indissociável da ideia de supremacia da Constituição.

---

<sup>1</sup> Há sérias objeções contra o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre atos legislativos, especialmente quando se trata de definições sobre direitos fundamentais. As críticas mais relevantes se baseiam fundamentalmente no princípio democrático, haja vista que a jurisdição constitucional representa um meio de retirar da maioria parlamentar o poder de decidir livremente sobre determinados assuntos, transferindo-o para juízes que normalmente não passam pelo crivo eleitoral. Vide o item 7 deste Capítulo.

<sup>2</sup> Não se pretende com essa afirmar defender que a jurisdição constitucional em abstrato é um elemento intrinsecamente necessário e essencial de qualquer Estado em que sejam assegurados direitos fundamentais aos seus cidadãos, mas apenas que, na maioria desses Estados, optou-se por estabelecer um modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, mais ou menos amplo.

A constitucionalização de valores e direitos considerados básicos se dá mediante a positivação de enunciados normativos de caráter aberto e vago. Esses valores e direitos muito amplos, inseridos nos textos constitucionais, nem sempre se harmonizam perfeitamente uns com os outros. Portanto, a concretização desses valores e direitos pelo Estado demanda uma atividade de compatibilização entre eles. É certo que a positivação de catálogos de direitos fundamentais não é um fenômeno tão recente; a novidade é a *força normativa* atribuída a esses valores e direitos, concebidos modernamente como princípios, que se baseia na ideia de supremacia da Constituição. Então, o constitucionalismo contemporâneo ou *neoconstitucionalismo* se caracteriza, em essência, pela ideia de supremacia da Constituição e o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos. Na segunda metade do Século XX, esse novo constitucionalismo espalhou-se pelo mundo e tornou-se um padrão de organização do Estado (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 85).

Alec Sweet e Jud Mathews sintetizam os aspectos essenciais desse novo constitucionalismo:

*Over the past fifty years, the “new constitutionalism” has swept across the globe, and today has no rival as a template for the organization of the state. The model’s precepts can be simply listed: (a) institutions of government are established by, and derive their authority exclusively from, a written constitution; (b) the constitution assigns ultimate power to the people by way of elections or referenda; (c) the use of public authority, including legislative authority, is lawful only insofar as it conforms with the constitutional law; (d) the constitution provides for a catalogue of rights, and a system of constitutional justice to defend those rights; and (e) the constitution itself specifies how it may be revised. (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 85-86)*

Portanto, no modelo de organização do Estado inerente ao assim denominado neoconstitucionalismo, os juízes são chamados a avaliar a compatibilidade dos atos estatais com a Constituição e para isso devem analisar se tais atos observam valores e direitos materiais positivados mediante enunciados normativos tão abrangentes quanto imprecisos. De acordo com Sweet e Mathews (2008, p. 75-76), trata-se de um processo decisório analiticamente estruturado que os juízes empregam para lidar com tensões entre dois valores ou interesses constitucionais. Então, a aplicação da análise de proporcionalidade na jurisdição constitucional pode ser concebida como uma resposta metodológica a esse desafio que foi imposto aos juízes.

Atualmente, o exame de proporcionalidade para fins de aferição da constitucionalidade de leis e outros atos do poder público vem sendo amplamente utilizado na maioria dos países democráticos. De origem germânica, a análise de proporcionalidade espalhou-se pela Europa, inclusive pelos países do antigo bloco comunista, e por Israel. Também foi adotada por países da *Commonwealth* e nações

da América Latina. Ao final da década de 1990, praticamente todos os países que contam com um sistema de controle de constitucionalidade, com a parcial exceção dos Estados Unidos, haviam abraçado a doutrina da análise de proporcionalidade (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 75).

## 1.2 Origens da análise de proporcionalidade

Antes de ser adotada pela jurisdição constitucional, a análise de proporcionalidade foi concebida no âmbito do direito administrativo como meio para controlar o exercício do poder de polícia (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 98-104). De acordo com Suzana Barros (2003, p. 42-45), a análise de proporcionalidade, no âmbito do direito administrativo, originou-se na França pós-revolucionária como uma evolução da teoria do desvio de poder, que permitiu ao Conselho de Estado o controle de atos administrativos discricionários por meio da análise de seus motivos e finalidades. Nesse sentido, afirma que:

A farta literatura de direito administrativo está a demonstrar que o Conselho de Estado, como órgão superior da jurisdição administrativa, pelos seus valiosíssimos arestos proferidos ao longo de sua evolução, de há muito exerce um juízo de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas, evitando possa a administração, sob o manto da legalidade, tornar-se arbitrária. (BARROS, 2003, p. 43)

Embora idealizado inicialmente na França, o princípio da proporcionalidade para efeito de controle de legalidade dos atos administrativos foi recepcionado pelos países vizinhos, havendo se desenvolvido na Alemanha especialmente no campo do controle do poder de polícia (BARROS, 2003, p. 46). Ao final do Século XIX, o princípio da proporcionalidade já estava bem estabelecido no direito administrativo, embora ainda não contasse com a sofisticação metodológica atual. E, durante o curso do Século XX, o exame de proporcionalidade foi abraçado pela jurisdição constitucional. Modernamente, como será pormenorizado adiante, um de seus elementos consiste no juízo de ponderação (*balancing*), mediante o qual o juiz compara os aspectos positivos e negativos do ato sujeito ao controle de constitucionalidade.

O juízo de ponderação começou a ser empregado pela Suprema Corte dos Estados Unidos já no final da década de 1930, durante o *New Deal*, para superar a jurisprudência consagrada na *Era Lochner*<sup>3</sup> (BRANCO, 2009, p. 89-90). Como afirma Paulo Branco (2009, p. 90): “o juízo de

---

<sup>3</sup> A chamada *Era Lochner* é o período da história constitucional norte-americana notabilizado por uma atitude ativista e conservadora da Suprema Corte consistente na invalidação, com fundamento na cláusula do devido processo legal substantivo, de atos do poder público que restringissem a liberdade econômica ou a liberdade contratual, como leis que

balanço passou a enxergar a lei como um meio para um propósito, exigindo o escrutínio dos interesses sociais em jogo, quando se estivesse diante de um conflito constitucional”. Assim, as mudanças no mundo real poderiam se refletir na evolução da doutrina constitucional (BRANCO, 2009, p. 90).

Mas foi na Alemanha, a partir do final da II Guerra Mundial, que o princípio da proporcionalidade aplicado no âmbito da jurisdição constitucional desenvolveu seus contornos atuais, mediante decisões que reconheceram que o legislador não poderia exceder-se em sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais. O desvirtuamento da Constituição de Weimar pelo regime nazista alemão demonstrou a insuficiência da positivação de um catálogo de direitos na constituição para a sua efetiva implementação. Dessa forma, a teoria do desvio de poder, surgida no direito administrativo francês e recepcionada na Alemanha, foi transplantada para o direito constitucional germânico (BARROS, 2003, p. 47). Era necessário que se conferisse poderes a um órgão independente para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais<sup>4</sup>. O tribunal constitucional alemão absorveu a preocupação em garantir a efetividade dos direitos fundamentais reconhecendo a necessidade de controlar as medidas restritivas a esses direitos mediante o exame de proporcionalidade (BARROS, 2003, p. 48). No contexto do Estado democrático e constitucional, a reserva legal transmuda-se com isso em *reserva legal proporcional* (SCHLINK *apud* MARTINS, 2003, p. 19).

Inicialmente, o tribunal constitucional alemão invocou elementos da proporcionalidade casuisticamente, sem explicar a sua fonte. Mas, ao final da década de 1950, o tribunal constitucional alemão já havia elaborado o método de diferentes estágios que atualmente caracteriza a análise de proporcionalidade<sup>5</sup>. Segundo Sweet e Mathews (2008, p. 110), podem ser indicados os seguintes fatores como responsáveis pelo surgimento do controle de constitucionalidade com base no juízo de proporcionalidade: (i) a prioridade dada aos direitos, em razão do passado nazista; (ii) a estrutura dos direitos, considerando o moderno estado de bem estar e o compromisso

---

estabeleciam salário mínimo, proibição de trabalho infantil e outras formas de regulação de atividades econômicas. A denominação dada a esse período histórico provém do caso *Lochner vs. New York* (1905), em que foi questionada a constitucionalidade de lei do Estado de Nova Iorque que fixada um limite de horas para a jornada de trabalho diária e semanal dos padeiros. Essa linha jurisprudencial foi superada a partir do caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (1937), no qual a Suprema Corte americana considerou constitucional lei do Estado de Washington que estabelecia o salário mínimo.

<sup>4</sup> O papel contramajoritário das cortes constitucionais é questionado por Robert DAHL (1957). A esse respeito, conferir o item 7 deste Capítulo.

<sup>5</sup> Foi no caso *Apothekenurteil* (1958), que a corte constitucional da Alemanha pela primeira vez distinguiu o teste de necessidade da ponderação em sentido estrito, como elementos separados do princípio da proporcionalidade (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 108).

com a social-democracia; e (iii) a racionalidade do princípio de proporcionalidade como um bem teorizado princípio geral de direito que fluía do Estado de Direito ou da essência dos direitos fundamentais e conferia legitimidade ao sistema como um todo (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 109-110).

A partir de então, a análise de proporcionalidade, incluindo o juízo de ponderação, passou a ser amplamente utilizada em diversas outras nações<sup>6</sup>. Como explica Steinmetz (2001, p. 142), a ponderação de bens requer o atendimento de dois pressupostos básicos: (i) a colisão de direitos fundamentais na qual a realização de um implica prejuízo ao outro; e (ii) a ausência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre os direitos em colisão. Quando presentes essas condições, normalmente não há respostas fáceis. Assim, admitido o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre atos legislativos, o aplicador do Direito se vê, nesses casos, diante da necessidade de empreender um processo argumentativo mais elaborado para justificar suas decisões<sup>7</sup>.

### 1.3 Fundamentos do postulado da proporcionalidade

Não há consenso sobre o fundamento do princípio ou postulado da proporcionalidade. De acordo com Steinmetz (2001, p. 160), o tribunal constitucional alemão deduz o princípio da proporcionalidade do princípio do Estado de Direito em sentido material, no qual estaria presente a ideia de justiça. A proporcionalidade então concretizaria o ideal de justiça implícito no princípio do Estado de Direito. Mas há autores que, identificando a proporcionalidade com a razoabilidade do direito norte-americano, buscam fundamentá-la na cláusula do devido processo legal em sua vertente substantiva.

Mas o debate acerca do fundamento específico da exigência de proporcionalidade, se o princípio do Estado de Direito ou a cláusula do devido processo legal substantivo, não resulta em consequências significativas. O fato é que o controle de constitucionalidade com base no postulado da proporcionalidade vem sendo amplamente aplicado em diversos países<sup>8</sup>. No Brasil não é diferente.

---

<sup>6</sup> De acordo com Suzana BARROS (2003, p. 59), o denominador comum entre os diversos países que dotam o controle de constitucionalidade com base na proporcionalidade parece ser a ideia de assegurar a melhor realização dos direitos fundamentais pelo legislador.

<sup>7</sup> Isso não significa que tais questões precisem ser necessariamente solucionadas judicialmente, mas apenas que, quando os juízes constitucionais devam decidir, a fundamentação de suas decisões nesses casos exige maior esforço de justificação.

<sup>8</sup> Schlink (*apud* MENDES; BRANCO, 2012, p. 250) menciona que a *Cardozo Law School* realizou, em 1996, um seminário que contou com a presença de sete juízes de tribunais superiores ou cortes constitucionais de sete países diferentes, que examinaram um caso fictício em um país também fictício. Os sete juízes encontraram a língua comum do

O Supremo Tribunal Federal já fundamentou diversas decisões no princípio ou postulado da proporcionalidade ou da razoabilidade<sup>9</sup>.

De acordo com Sweet e Mathews (2008, p. 90-92), são três as razões básicas para a adoção da ponderação no âmbito da jurisdição constitucional contemporânea: (i) o caráter aberto das normas constitucionais; (ii) a concepção de que os direitos constitucionais não são absolutos, sendo passíveis de limitações em face de outros valores e interesses de hierarquia constitucional; e (iii) a exigência decorrente das constituições modernas (ou de teorias ou doutrinas constitucionais) de que os órgãos estatais ajam para proteger e realçar o gozo de direitos, atribuindo-se às cortes supremas ou tribunais constitucionais a função de fiscalizar o cumprimento desse dever. A análise de proporcionalidade pode ser compreendida como a formalização do procedimento de ponderação (*balancing*) que os juízes são levados a exercer em função do caráter aberto das normas constitucionais (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 90-91). Assim, a difusão do exame de proporcionalidade para aferir a constitucionalidade de medidas legislativas e outras decisões que afetem direitos fundamentais ou outros preceitos constitucionais pode ser explicada pelo desenvolvimento da ideia de que o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica. Tomando por base os conceitos de regras e princípios, os quais serão pormenorizados adiante, e admitindo a força normativa dos princípios jurídicos, é possível concluir que o dever de proporcionalidade *decorre logicamente da própria natureza dos princípios*. Em outros termos, a correlação entre princípios e regras, ou seja, entre fins e meios, resulta na exigência de proporcionalidade. É o que afirma Robert Alexy:

Há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2012, p. 116-117)

Nessa linha, a própria estruturação dos ordenamentos jurídicos modernos como um conjunto de princípios e regras conduziria naturalmente ao exame de proporcionalidade para aferir a constitucionalidade dos atos do poder público. Por conseguinte, antes de examinar o método de

---

princípio da proporcionalidade para examinar a questão, indagando sobre a legitimidade dos objetivos do legislador e sobre a necessidade das restrições impostas à liberdade dos cidadãos para a consecução daqueles objetivos.

<sup>9</sup> Apenas a título de exemplo, podem ser citados os acórdãos proferidos nos seguintes processos: RE 349703; ADI 855; ADIn MC 2290; ADIn MC 2317; ADC MC 9; ADIn MC 2435; ADIn MC 2623; RE 413782; ADIn 1040.



controle de constitucionalidade com base na proporcionalidade, é necessário estabelecer as distinções entre princípios e regras.

#### **1.4 Distinção entre princípios e regras**

Para Ronald Dworkin (2010, p. 39), a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica e, para isso, afirma que ambos os conjuntos de padrões normativos “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”. Sustenta que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*, ou seja, dados os fatos previstos em uma regra (a hipótese de incidência), então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2010, p. 39). Segundo Dworkin (2010, p. 40), pelo menos em tese, seria possível estabelecer todas as exceções de uma regra geral, sendo incompleto o enunciado de uma regra que não contemple todas as suas exceções. Porém, isso não seria viável em relação aos princípios, que não apresentariam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando determinadas condições são dadas. Para ele, o princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular” (DWORKIN, 2010, p. 41). Com isso, mesmo que determinado princípio que conduziria a uma solução diferente não seja aplicado no caso concreto em razão de outros princípios colidentes, isso não significa que seja ele *inválido*; pois em outros casos, quando as considerações em contrário estiverem ausentes ou forem mais fracas, aquele princípio poderá ser decisivo (DWORKIN, 2010, p. 41-42).

Dworkin (2010, p. 42) afirma que os princípios têm uma dimensão que as regras não têm: a *dimensão do peso* ou importância. Defende que, quando os princípios se inter cruzam, o peso de cada um deve ser avaliado para que se chegue à solução adequada. Já as regras não teriam essa dimensão de peso, sendo funcionalmente importantes ou desimportantes conforme desempenhem um papel mais ou menos relevante na regulação do comportamento. Mas, de acordo com Dworkin (2010, p. 42-43), essa importância funcional não é levada em conta no caso de conflito entre regras. Quando houver regras contraditórias, a definição da preponderância de uma delas em detrimento das outras não leva em conta a sua importância funcional, mas critérios externos às regras, tais como: a hierarquia da norma, os critérios cronológico e de especialidade ou ainda a relevância dos princípios que fundamentam as regras em confronto (DWORKIN, 2010, p. 43). Em suma, Dworkin (2010, p. 57) conclui que “somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é

abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem”.

Robert Alexy (2012) apresenta uma distinção entre regras e princípios que se assemelha a que foi concebida por Dworkin (2010). Para o professor alemão, a diferença entre regras e princípios é *qualitativa* e não simplesmente de grau. Com isso, quer dizer que haveria um critério para identificar de forma precisa as duas espécies normativas (ALEXY, 2012, p. 90). Para Alexy (2012, p. 90), princípios são *mandamentos de otimização* caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das *possibilidades fáticas*, mas também das *possibilidades jurídicas*, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras colidentes. Por outro lado, afirma que as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, isto é, se uma regra é *válida*, então deve ser feito exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Portanto, regras conteriam *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2012, p. 91). Em conclusão, de acordo com Alexy (2012, p. 90), “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ao passo que as regras devem ser cumpridas em sua exata medida.

Alexy alinha-se ao pensamento de Dworkin no que diz respeito às técnicas de solução de conflitos entre regras e princípios ao afirmar que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2012, p. 92). Por conseguinte, defende que o confronto entre regras se dá na dimensão da *validade jurídica*, que não seria *graduável*. Em outros termos, a menos que se possa estabelecer uma *cláusula de exceção* a uma das regras contraditórias, uma delas deverá ser declarada inválida e, conseqüentemente, tida por não integrante do ordenamento jurídico. Já as colisões entre princípios seguiriam uma mecânica diferente. Alexy (2012) explica que, se dois princípios colidem, um deles terá que *ceder* em favor do outro. Mas isso não significa que o princípio cedente deva ser declarado *inválido*, nem mesmo que deva ser criada uma cláusula de exceção. Sob determinadas condições, um dos princípios teria *precedência*; embora sob condições diferentes o outro possa prevalecer. Assim, a colisão entre princípios seria solucionada de acordo com o *peso relativo* de cada um deles, definido de acordo com as condições específicas do caso concreto (ALEXY, 2012, p. 93-94). Nessa situação tem-se uma relação de *precedência*

*condicionada*<sup>10</sup>. Dessa maneira, Alexy (2012, p. 95) defende que a colisão entre princípios é solucionada mediante a técnica do *sopesamento* ou *ponderação*, que trata de “definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto”. Portanto, a relação de precedência entre princípios que abstratamente estejam no mesmo nível não poderia ser definida *a priori*, mas apenas quando consideradas as condições específicas do caso concreto (ALEXY, 2012, p. 95).

Por sua vez, Humberto Ávila (2009, p. 71-77) distingue regras e princípios mediante a adoção de três critérios básicos: (i) pelo modo como prescrevem o comportamento; (ii) quanto à justificação que exigem; e (iii) quanto ao modo como contribuem para a decisão. Afirma que as regras são normas *imediatamente descritivas*, pois preveem diretamente os *comportamentos* desejados para um fim sobrejacente à regra, ao passo que os princípios são normas *imediatamente finalísticas*, pois estabelecem um *estado de coisas* a ser fomentado ou preservado, mas sem prefixar diretamente os comportamentos exigíveis para tanto. Segundo Ávila (2009, p. 83), “enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos e conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido”. No que se refere à justificação exigida, Ávila (2009) entende que a aplicação das regras demandaria a avaliação do vínculo entre os atos praticados ou fatos ocorridos com o comportamento descrito pela regra e a finalidade a ela sobrejacente, ao passo que os princípios exigiriam do aplicador que avalie a correlação entre os efeitos de determinada conduta e o estado de coisas definido pelo princípio. Isso significa que, em alguma medida, a aplicação de princípios exige uma *análise consequencialista*. Ávila (2009) conclui que, no caso das regras, o seu caráter descritivo dispensaria o intérprete de maior *ônus argumentativo* ao aplicá-la, pois a própria descrição da conduta imposta pela regra serviria de justificação para a decisão de exigir seu cumprimento. Por outro lado, a não aplicação de uma regra que, *a priori*, incidiria ao caso concreto, demandaria um *ônus argumentativo* muito maior. Já no caso dos princípios, explica que o *ônus argumentativo* é *estável*, pois o comportamento a ser exigido ou dispensado não é descrito diretamente pela norma. Assim, entende que a aplicação dos princípios dependeria em maior medida do exame do caso concreto. Por fim, no que tange ao modo como contribuem para a decisão, Ávila (2009) considera que os princípios não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas apenas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão (*pretensão de complementaridade*), enquanto as regras aspiram abranger todos os aspectos

---

<sup>10</sup> ALEXY (2012) admite a possibilidade de relações absolutas de precedência entre princípios, mas alega que não é isso o que ocorre entre os princípios de direitos fundamentais.

relevantes para a tomada de decisão, com a pretensão de gerar uma solução específica para a questão (*pretensão de decidibilidade*). Por isso, alega que os princípios seriam normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais* enquanto as regras seriam normas *preliminarmente decisivas e abarcantes*. Ressalva, contudo, que as regras são apenas preliminarmente decisivas, haja vista que podem deixar de ser aplicadas (*defeasability*) mesmo quando preenchidas suas condições de incidência, se houver razões excepcionais que superem a razão que sustenta a aplicação normal da regra.

As normas jurídicas em geral têm a função de orientar condutas para que sejam atingidos determinados fins valorizados no âmbito de determinado ordenamento jurídico. Com apoio em Ávila (2009), pode-se afirmar que os princípios definem diretamente os fins desejados. Em outras palavras, princípios indicam estados de coisas considerados valiosos e que por isso devem ser fomentados ou preservados. Esses estados de coisas só podem ser alcançados ou fomentados por um conjunto de comportamentos. Assim, os princípios estabelecem valores ou finalidades que devem orientar condutas. Por isso, a sua carga axiológica é mais evidente. Incumbe às regras estabelecer diretamente condutas para que sejam realizados os fins que estão sobrejacentes ao comando normativo. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2006, p. 146) afirma que “princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios”. De acordo com Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 174), “as regras trazem a descrição de estados-de-coisa formada por um fato ou uma espécie (a *fattispecie* a que se referem os italianos) deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores”. Por conseguinte, as regras resultam de uma prévia ponderação entre princípios, uma vez que estabelecem comportamentos que têm por finalidade fomentar ou preservar certo estado de coisas considerado bom. Assim, pode-se afirmar que existe uma intensa correlação entre princípios e regras. As regras estabelecem meios para a realização de um fim valorizado pelo ordenamento jurídico. Os princípios informam quais são esses fins.

### **1.5 A análise de proporcionalidade**

Considerando que os princípios constitucionais têm força normativa e por isso vinculam o legislador ordinário e que, como *mandamentos de otimização*, devem ser observados em sua máxima medida em face das limitações fáticas e jurídicas existentes, a exigência de proporcionalidade torna-se uma ferramenta importante para assegurar a devida observância dos

princípios. Em suma, pode-se afirmar que a proporcionalidade consiste em avaliar a compatibilidade entre meios e fins.

Para que sejam válidas, as regras que representem alguma restrição a princípios constitucionais devem, de alguma forma, ser úteis à concretização de outras finalidades também valorizadas pela Constituição. Do contrário, representariam apenas restrições a direitos sem concretizar, em contrapartida, qualquer outra finalidade amparada constitucionalmente, o que não se pode admitir. Trata-se de aplicar o princípio do chamado “ótimo de Pareto<sup>11</sup>”: uma posição pode ser melhorada sem qualquer prejuízo para outra posição (ALEXY, 2003, p. 135). Os comandos normativos impostos pelo Estado devem fundamentar-se numa razão com lastro no ordenamento jurídico, ou seja, devem servir a alguma finalidade que a sociedade considere valiosa. Mais do que isso, as regras não devem impor uma *restrição desnecessária* aos princípios que estejam em confronto com aquele que tenham por finalidade concretizar. Do contrário, haveria uma restrição a direitos fundamentais que não representaria qualquer vantagem a outra finalidade buscada ou admitida pela Constituição. Mais uma vez, aplica-se o conceito de “ótimo de Pareto”, pois um princípio poderia ser concretizado em maior medida sem qualquer prejuízo ao princípio concorrente (ALEXY, 2003, p. 135-136). Por fim, regras que, a despeito de concretizar determinados princípios, restrinjam o âmbito de aplicação de outros, devem resultar em uma relação favorável entre custos e benefícios. Em outros termos, uma restrição a direitos fundamentais deve ser justificada pelas vantagens decorrentes da concretização de outro valor constitucional em colisão. Em resumo, essas exigências se refletem nas três dimensões do dever de proporcionalidade, que serão objeto de análise adiante: (i) a adequação; (ii) a necessidade; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando que os direitos fundamentais são normas que têm cunho principiológico, isso significa que admitem alguma restrição pelo poder público e, particularmente, pelo legislador ordinário. Com isso, pode-se dizer que o dever de proporcionalidade consiste em um *limite* às restrições de direitos fundamentais na medida em que estabelece um *critério* para a restrição de direitos fundamentais por atos do poder público. Num sistema caracterizado pela supremacia da Constituição e pela atribuição de força normativa aos princípios constitucionais, a análise de proporcionalidade configura-se assim em um importante instrumento de *controle da*

---

<sup>11</sup> O “ótimo de Pareto” ocorre quando, para que se obtenha um ganho a uma situação A, resulta necessariamente um prejuízo a uma situação B, ou seja, quando não há maneira de melhorar uma determinada situação sem que haja prejuízo a uma outra.

*constitucionalidade* dos atos legislativos, com o propósito de que seja resguardada a normatividade da Constituição, particularmente dos direitos e garantias fundamentais.

Sobre o tema, é pertinente citar o seguinte trecho da obra de Paulo Bonavides:

As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional – configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio de constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio de legalidade ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal. (BONAVIDES, 2009, p. 400)

Conclui-se assim que o dever de proporcionalidade não consiste propriamente num princípio, pelo menos na concepção de Robert Alexy<sup>12</sup> (SILVA, 2002, p. 26). Isso porque o dever de proporcionalidade não se aplica mediante a *ponderação* com outros princípios. Seria, portanto, uma *regra* dirigida ao próprio Estado e que baliza a discricionariedade dos poderes constituídos para impor limitações de direitos fundamentais<sup>13</sup>. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, “a aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 257).

Por outro lado, diante da fluidez das normas principiológicas, a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis com base no juízo de proporcionalidade, caso utilizada de modo abusivo, pode resultar em grave desequilíbrio entre os Poderes. Sobre esse tema, é pertinente mencionar a advertência de Paulo Bonavides:

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita de necessidade o grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário. Um inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer e abalar semelhante equilíbrio.

(...)

<sup>12</sup> Em sentido contrário, Guerra Filho (2009, p. 183) defende que se trata de verdadeiro princípio.

<sup>13</sup> Humberto Ávila (2009, p. 164) adota uma classificação triádica das normas jurídicas, dividindo-as em regras, princípios e postulados. Para ele, o dever de proporcionalidade seria um *postulado normativo aplicativo*, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável.

O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa todavia manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político. (BONAVIDES, 2009, p. 420- 421)

Há então uma natural tensão entre a função jurisdicional de controle da atividade legislativa para assegurar a supremacia da Constituição e o princípio da separação de poderes. Portanto, embora a análise de proporcionalidade seja uma ferramenta importante para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, representa um risco à preservação da harmonia entre os Poderes. Além disso, é inegável o *déficit democrático* do modelo que atribui aos tribunais o poder para realizar esse tipo de controle sobre os atos provenientes dos órgãos parlamentares. Por isso, quando cabível, essa atividade jurisdicional deve ser exercida de forma criteriosa, pois do contrário pode servir de máscara para que o julgador substitua os juízos legitimamente formulados pelo legislador por sua própria concepção de moralidade. Portanto, os tribunais devem evitar uma abordagem excessivamente abstrata ao mesmo tempo em que devem respeitar os limites em que o legislador pode atuar discricionariamente.

## **1.6 Elementos da análise de proporcionalidade**

É amplamente majoritária a corrente segundo a qual o dever de proporcionalidade se subdivide em três elementos. Segundo esse entendimento, para que determinado ato legislativo seja compatível com o dever de proporcionalidade, deve observar os seguintes pressupostos: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito<sup>14</sup>. Portanto, a avaliação da proporcionalidade de determinada medida segue um procedimento trifásico. Além disso, deve-se observar precisamente esta ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (MARTINS, 2003, p. 20). Isso significa que, reprovada a medida no teste de adequação, não há que se passar ao exame subsequente (necessidade) e assim sucessivamente.

### **1.6.1 Adequação**

O exame da adequação consiste em verificar se a medida tem alguma utilidade ao fim almejado. A medida deve ser apta a fomentar de algum modo o seu objetivo. Nesta fase, o aplicador deve confrontar apenas a medida adotada e a finalidade que pretende alcançar. De acordo com J. J.

---

<sup>14</sup> De acordo com Martins (2003, p. 20), trata-se de um processo seletivo classificatório (adequação), eliminatório (necessidade) e axiológico (proporcionalidade em sentido estrito).

Gomes Canotilho (1991, p. 387) “trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”. Segundo Alexy (2003, p. 135), a regra da adequação exclui a adoção de medidas que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem que promovam qualquer outro princípio ou objetivo para o qual tenham sido adotadas<sup>15</sup>. Não se afere ainda o *grau de intensidade* com que a medida promove o seu objetivo, mas apenas a sua aptidão para *fomentá-lo* de alguma maneira. Assim, não é exigível que a medida realize integralmente o estado de coisas desejado. Pelo que foi dito, pode-se afirmar que o exame de adequação consiste em verificar, sob o aspecto probabilístico, se a medida em análise é capaz de fomentar, ainda que em grau mínimo, a finalidade para a qual foi adotada<sup>16</sup>.

Pode-se acrescentar ainda, com apoio em John Hart Ely (2010, p. 183-195), que o juiz também deve avaliar a própria constitucionalidade da motivação legislativa, ou seja, da finalidade da lei. No mesmo sentido, Sweet e Mathews (2008, p. 76) afirmam que haveria um teste anterior ao exame de adequação que consistiria em verificar se o propósito da medida está legitimado constitucionalmente<sup>17</sup>. Trata-se então de avaliar, preliminarmente, se o objetivo perseguido pela medida questionada é valorizado ou admitido pela Constituição. Qualquer medida restritiva a princípios constitucionais só será admitida se o objetivo que ela visar atender for pelo menos admitido pelo ordenamento jurídico-constitucional. Porém, essa análise está intrinsecamente relacionada com o teste de adequação. Primeiro, deve-se identificar o objetivo subjacente à medida objeto do controle de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, verificar se a promoção desse objetivo é compatível com os preceitos constitucionais. Em seguida, é preciso avaliar se a medida realmente é capaz de promover, ainda que em grau mínimo, o objetivo almejado.

Evidente que o exame acerca da probabilidade de determinada medida fomentar de algum modo o seu objetivo muitas vezes se afigura inexato, pois pode depender de muitas variáveis e os dados disponíveis podem ser imprecisos. Compete ao Parlamento avaliar o risco de implementar determinada medida legislativa quando o seu sucesso seja incerto. Trata-se de uma análise essencialmente *política*. Como afirma Ávila (2009, p. 170) “somente uma comprovação cabal da

---

<sup>15</sup> Nas palavras de Alexy (2003, p. 135): “*the principle of suitability excludes the adoption of means obstructing the realisation of at least one principle without promoting any principle or goal for which they were adopted*”.

<sup>16</sup> Na Rp 930 (1976), o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional lei que regulamentava a profissão de corretor de imóveis e que impunha restrições ao seu exercício por não mostrar-se apta a concretizar qualquer finalidade albergada pela Constituição, uma vez que, segundo entendeu o STF, não havia interesse público em estabelecer restrição relacionada à avaliação de capacidade técnica, e que no caso serviria apenas a interesses meramente corporativos sem suporte constitucional.

<sup>17</sup> Para Sweet e Mathews (2008, p. 76), em sua forma totalmente desenvolvida, a análise de proporcionalidade envolve quatro etapas: (i) o teste de legitimidade; (ii) a adequação; (iii) a necessidade; e (iv) a proporcionalidade em sentido estrito.



inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador”. Do contrário, restaria maculado o princípio da separação de poderes. Por conseguinte, ao Poder Judiciário só é dado reprovando determinado ato legislativo por falta de adequação quando seja *certo* que não é ele apto a promover de qualquer modo o seu objetivo. Neste ponto, cabe esclarecer que a inadequação da medida legislativa pode decorrer tanto da inaptidão do meio para solucionar determinado problema identificado pelo legislador como da própria inexistência do problema que se supõe haver e que é a justificativa para a adoção de uma medida restritiva<sup>18</sup>.

Por outro lado, nada impediria que essa avaliação *a posteriori*, caso realizada pelo juiz, leve em conta dados que não eram disponíveis no momento em que a medida foi adotada. Ainda que, ao tempo de sua concepção, a medida tivesse alguma possibilidade de atingir de qualquer modo o fim almejado, os dados coletados posteriormente à sua implementação podem comprovar a frustração dessa expectativa. Nessa situação, a própria realidade consistente na frustração dos prognósticos preliminares poderia conduzir progressivamente a um quadro de inconstitucionalidade<sup>19</sup>. Não haveria então motivo para manter como válida uma norma legal que se revela inadequada apenas porque, ao tempo de sua concepção, havia uma expectativa de que pudesse auxiliar na promoção de um determinado fim albergado pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

Conquanto parte da doutrina aconselhe uma autocontenção do Judiciário, limitando-o ao exame *ex ante* da adequação, não parece que uma demonstração futura da real inadequação de uma lei que interfere sobre direitos fundamentais seja insuficiente para um juízo negativo de sua constitucionalidade. Não faz sentido que se tenha de suportar detrimento a direito fundamental quando se revelou que a prognose do legislador estava errada, mesmo que à época recolhesse consenso em seu prol. (BRANCO, 2009, p. 173).

---

<sup>18</sup> No caso *Apotheken-Urteil* (BVerfGE 7,377), o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou inconstitucional lei que restringia a instalação de novas farmácias uma vez que a liberdade de instalação de farmácias não levaria necessariamente a uma multiplicação excessiva da quantidade de estabelecimentos dessa espécie e que eventual aumento do número de farmácias não significava uma ameaça à saúde pública, que era a justificativa da medida adotada. Em outro precedente (BVerfGE 36, 47), o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou a inconstitucionalidade de lei que proibia o transporte de animais pelo sistema de reembolso e que tinha por fundamento a possibilidade de recusa por parte do destinatário, que implicaria a sua devolução ao remetente e, conseqüentemente, em um tratamento inadequado aos animais em razão do excessivo tempo de transporte. Nesse caso, o Tribunal baseou sua conclusão nas estatísticas que devolução de animais despachados pelo sistema de reembolso e que revelava um número reduzido de devoluções. Diante disso, considerou que o problema identificado pelo legislador não seria suficientemente relevante para a imposição de norma restritiva à atividade de entregas.

<sup>19</sup> O Supremo Tribunal Federal já adotou a teoria da inconstitucionalidade progressiva em seus julgados (RE 135.328 e RE 147.776).

Assim, a errônea projeção dos efeitos da medida poderia resultar na posterior declaração de sua inconstitucionalidade quando os dados obtidos após a sua implementação comprovarem de forma cabal que os seus objetivos restaram plenamente frustrados.

### 1.6.2 Necessidade

Na etapa do exame de necessidade, agregam-se como variáveis adicionais medidas alternativas que poderiam ser adotadas para a promoção do mesmo fim. Trata-se de comparar a medida adotada com alternativas para atingir o mesmo objetivo. É sabido que diferentes medidas podem fomentar determinado objetivo em variados graus de intensidade. Por outro lado, também podem afetar negativamente, em diversos graus de intensidade, princípios que estejam em colisão com o objetivo almejado. Citando Xavier Philippe, Paulo Bonavides (2009) afirma que o teste de necessidade reflete a máxima segundo a qual *entre dois males, deve ser escolhido o menor*. Para Canotilho (1991, p. 387), o exame da necessidade da medida sustenta-se no pressuposto de que o cidadão tem direito à *menor desvantagem possível*. O exame de necessidade consiste assim em verificar se não haveria outra medida possível que, ao mesmo tempo em que promovesse o objetivo desejado com igual intensidade, pudesse restringir em menor grau o princípio em confronto. Portanto, a medida será considerada necessária se não houver uma medida alternativa que, promovendo o objetivo almejado com a mesma eficiência, represente uma menor restrição ao princípio em colisão.

Cabe destacar que o exame da necessidade não se restringe a verificar se haveria alguma medida alternativa que restringisse em menor grau o princípio colidente com o objetivo desejado. É necessário que também promova esse objetivo pelo menos em grau equivalente. Em síntese, o exame da necessidade se desdobra em duas avaliações. Primeiro, deve-se identificar eventuais medidas alternativas que promovam o objetivo almejado em intensidade igual ou superior àquela que foi adotada, devendo ser descartadas todas as demais. Posteriormente, identificam-se aquelas que restringem em menor grau o interesse colidente. Se houver alguma medida alternativa que, promovendo com pelo menos a mesma intensidade o fim pretendido, restrinja em menor grau o interesse colidente, a medida adotada deve ser considerada desnecessária<sup>20</sup>. Em síntese, conclui Paulo Gustavo Gonet Branco: “o subprincípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso

---

<sup>20</sup> No HC 71373, o Supremo Tribunal Federal considerou que não se justificava a decisão judicial que determinava a realização forçada de teste de DNA pelo suposto pai em ação de investigação de paternidade, posto que o mesmo resultado (a definição da paternidade) poderia ser alcançado por meios menos restritivos aos direitos individuais do investigado, uma vez que a recusa poderia ser valorada pelo julgador como uma presunção relativa de paternidade.

para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 259). Sobre o tema, Humberto Ávila explica que:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. (ÁVILA, 2009, p. 172)

Para conferir maior precisão ao exame da necessidade, afirma Canotilho (1991, p. 387) que a doutrina tem procurado acrescentar elementos adicionais para lhe dar maior “operacionalidade prática” e que seriam os seguintes: (i) a necessidade material, ou seja, o meio deve limitar os direitos fundamentais na menor medida possível; (ii) a exigibilidade espacial, pois a medida deve circunscrever-se territorialmente ao menor espaço possível para que cumpra os seus fins; (iii) a exigibilidade temporal, que significa a delimitação do tempo de duração da medida coativa ao mínimo possível; e (iv) a exigibilidade pessoal, ou seja, a medida deve sacrificar os interesses do menor grupo de pessoas possível.

O exame da necessidade revela dificuldades ainda maiores que o da adequação. Isso porque a comparação entre diferentes medidas envolve vários fatores cuja avaliação normalmente é imprecisa. A própria definição do grau de intensidade em que uma medida promove um fim e o grau em que restringe um interesse colidente, na grande maioria dos casos, não decorre de uma aferição exata. Há grande margem para o subjetivismo. Além disso, um determinado grau de intensidade pode ser atingido de forma mais ou menos veloz. Isso significa que há diferentes variáveis que podem ser levadas em conta para efeito de identificação do grau de interferência que uma determinada medida produz sobre um direito fundamental.

Por fim, é importante ressaltar que, de acordo com Alexy (2003, p. 136), a aplicabilidade do subprincípio da necessidade pressupõe que não haja um terceiro princípio ou objetivo que seja afetado negativamente pela medida alternativa. Se isso ocorrer, conclui Alexy (2003, p. 136), a questão não poderia ser resolvida pela aplicação do “ótimo de Pareto”, sendo necessário recorrer à técnica do sopesamento (*balancing*).

Portanto, embora no campo teórico o exame de necessidade seja um tanto óbvio, envolve enormes dificuldades para ser posto em prática. Para que seja observado o princípio da separação de poderes, pode-se afirmar que, num ambiente de incerteza, deve ser preservada a medida escolhida pelo Parlamento.

### 1.6.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Nesta última etapa do exame de proporcionalidade, deve-se fazer uma *ponderação* entre os benefícios da medida e os efeitos negativos que causa aos interesses ou valores colidentes. Nas palavras de Humberto Ávila (2009, p. 175) “o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”. Para Canotilho (1991, p. 387), trata-se de verificar se “o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa”.

Segundo Robert Alexy (2012), a avaliação da proporcionalidade em sentido estrito coincide com a técnica de sopesamento de princípios. Afirma o professor alemão:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. (ALEXY, 2012, p. 117)

Com base nisso, Alexy descreve o que chama de lei do sopesamento (*law of balancing*), o que faz nos seguintes termos: “*the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other*” (ALEXY, 2003, p. 136). Assim, na fase do exame da proporcionalidade em sentido estrito, é preciso comparar os benefícios advindos da medida para a concretização do seu objetivo com os efeitos negativos causados a outros fins também valorizados pelo ordenamento jurídico<sup>21</sup>. Trata-se claramente de uma avaliação entre custos e benefícios da medida em relação aos diversos interesses em confronto.

---

<sup>21</sup> No RE 413.782 o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional lei do Estado de Santa Catarina que obrigava empresas que estivessem em débito perante o fisco estadual a requerer a emissão de notas fiscais individualizadas para cada negócio realizado (por nota fiscal avulsa e não em bloco). Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes considerou que tal restrição, embora pudesse passar no teste de adequação, não passaria no teste de necessidade, pois haveria outras medidas menos invasivas ou drásticas para resolver a questão. Não obstante, dada a ausência de indicação precisa de uma medida alternativa que fosse tão ou mais eficiente para assegurar o pagamento de tributos, parece-me que esse caso se

Por conseguinte, as decisões que versem sobre controle de constitucionalidade com base no postulado da proporcionalidade e, mais especificamente, na técnica do sopesamento de princípios, devem ser fundamentadas na relação entre os graus de intensidade das possíveis restrições aos princípios em confronto e a importância da promoção dos princípios envolvidos. Como se verá mais adiante, essa definição deve se sustentar com base em argumentos adequados apresentados no contexto do discurso jurídico.

### 1.7 Considerações finais

Não obstante a análise de proporcionalidade como critério de aferição de constitucionalidade venha sendo amplamente empregada em praticamente todos os países que contam com uma jurisdição constitucional, não é imune a críticas. As objeções se dirigem tanto ao próprio método da análise de proporcionalidade, especialmente ao juízo de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), como à legitimidade e capacidade dos órgãos incumbidos da jurisdição constitucional para promover esse exame em face de atos legislativos. Mas, como ficará claro adiante, há uma íntima correlação entre essas críticas.

O próprio Alexy esclarece duas das principais objeções à ponderação como método de decisão, formuladas por Jürgen Habermas:

The phenomenon of balancing in constitutional law leads to so many problems that I cannot even provide a list of them here, much less a discussion. I will confine myself to two objections.

The first objection has been raised by many authors. Their objection rejects the idea that balancing is a rational procedure. It is said to be a rhetorical figure that allows for unlimited subjectivity. The reasons for this are, as Jürgen Habermas puts it, that “there are no rational standards” for balancing.

The second objection is more subtle. It concerns a conceptual problem. Once again, we can refer to Habermas, who has presented a highly interesting version of the problem. Habermas maintains that the balancing approach takes legal rulings out of the realm defined by such concepts as right and wrong, correctness and incorrectness, and also justification, and into a realm defined by such concepts as adequate and inadequate, and discretion. “Weighing of

---

resolveria na terceira etapa do exame de proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque, pesou na decisão não propriamente a existência de uma medida alternativa que restringisse menos o direito de liberdade de iniciativa e que fosse tão ou mais eficiente para fomentar o objetivo de desestimular a sonegação de tributos, mas a comparação entre as vantagens advindas da medida restritiva ao objetivo que procurava fomentar e os prejuízos causados ao princípio colidente: a liberdade de iniciativa. Considerou o STF que na prática a medida inviabilizaria o exercício de atividades econômicas por contribuintes em situação de inadimplência.

values” is said to be able to yield a judgment as to a result but is not able to justify that result. (ALEXY, 2005, p. 573)

Portanto, uma das principais críticas dirigidas à ponderação de princípios é o seu alegado *déficit de racionalidade*, o que permitiria ao juiz exercer o seu poder discricionariamente. Essa crítica se baseia na conclusão de que a técnica da ponderação com lastro em ideias abstratas possibilitaria ao julgador fundamentar praticamente qualquer decisão. Nesse sentido, afirma Habermas:

Because norms and principles, in virtue of their deontological character, can claim to be universally binding and not just specially preferred, they possess a greater justificatory force than values. Values must be brought into a transitive order with other values from case to case. Because there are no rational standards for this, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies.

Insofar as a constitutional court adopts the doctrine of an objective order of values and bases its decision making on a kind of moral realism or moral conventionalism, the danger of irrational rulings increases, because functionalist arguments then gain the upper hand over normative ones. (HABERMAS, 1996, p. 259)

A crítica do déficit de racionalidade tem uma relação muito próxima com outra objeção dirigida diretamente à técnica da ponderação de princípios: a insegurança que resultaria da aplicação desse método decisório. Sustenta-se, contra o juízo de ponderação, que a decisão que dá preferência a um valor em detrimento de outro seria insuscetível de rigor conceitual e lógico e se traduziria como simples manifestação de interesses subjetivos (SCHMITT *apud* BRANCO, 2009, pp. 67-68). Assim, afirmam os críticos, “o recurso a argumentos de valor como meio para a atividade jurisdicional tornaria a resolução de conflitos algo incontrolável e inseguro, expondo os direitos à aniquilação” (BRANCO, 2009, p. 68).

O alegado déficit de racionalidade do método de ponderação de princípios também serve de fundamento para objeções que se relacionam mais diretamente ao próprio órgão encarregado da jurisdição constitucional e que se desdobram em duas críticas principais: (i) a ausência de legitimidade democrática das cortes constitucionais ou tribunais supremos para rever decisões tomadas pelos órgãos legislativos com base em princípios constitucionais; e (ii) a incapacidade dos tribunais para lidar adequadamente com questões dessa natureza.

O juízo de ponderação implica a tomada de decisões com base em valores, o que tradicionalmente integrava o âmbito de competências do Parlamento. Nessa linha, ante a ausência de

critérios objetivos que orientem o julgamento, afirma-se que a decisão resultante da ponderação decorreria de um simples ato de vontade daquele que decide, ou seja, teria natureza amplamente discricionária. As objeções baseadas na falta de legitimidade partem do pressuposto de que as decisões com fundamento em preferências valorativas deveriam ser deixadas a cargo dos órgãos com representatividade popular.

De fato, a possibilidade de repreensão judicial às escolhas adotadas pelos órgãos legislativos com base em princípios constitucionais, tendo em vista o seu caráter aberto e plurissignificativo, representa uma considerável delegação de poder aos juízes constitucionais. De acordo com Matthias Klatt (2007), os princípios estabelecem limites adicionais à liberdade judicial, desde que sua aplicação não signifique o uso de visões pessoais e subjetivas em vez de procedimentos objetivos. Mas, como afirma o próprio Klatt (2007), esses critérios adicionais fornecidos pelos princípios não são inequívocos e por isso são incapazes de conduzir sempre a uma única resposta correta. O julgamento com base em princípios, portanto, envolve alguma discricionariedade. Daí dizer-se que a jurisdição constitucional, de certo modo, pressupõe a atribuição de poderes aos juízes para fazerem escolhas políticas. Gerou-se com isso um potencial de conflito entre o juiz constitucional e o legislador. Nesse contexto, como afirma Paulo Branco (2009, p. 44-45), salienta-se o problema da legitimidade das cortes constitucionais para censurar as opções parlamentares.

Mas as objeções fundadas na suposta ausência de legitimidade democrática do órgão incumbido da jurisdição constitucional podem ser refutadas com base em dois argumentos principais: (i) a sujeição do Poder Legislativo aos limites impostos pela Constituição; e (ii) a pertinência de atribuição de competência a um órgão tão imparcial quanto possível para controlar a constitucionalidade dos atos legislativos.

No contexto da supremacia parlamentar, a Constituição era destituída de força normativa sobre o Poder Legislativo, uma vez que as leis não poderiam ser objeto de controle de constitucionalidade. Isso não é de se estranhar, uma vez que a lei era vista como resultado da “vontade geral” e como expressão da própria razão. Ocorre que a lei não é resultado da “vontade geral”, mas do desejo de uma maioria parlamentar que age de acordo com seus próprios interesses. Isso ficou claro na medida em que o sufrágio universal transferiu para o âmbito dos parlamentos as disputas de classes. Além disso, independentemente de haver ou não uma efetiva representação dos interesses da maioria da população nos parlamentos, a ausência de controle de constitucionalidade

sobre os atos legislativos permite, na prática, que a maioria parlamentar estabeleça normas contrárias à Constituição sem que haja possibilidade de reprimenda institucional. Portanto, ausente a jurisdição constitucional, é preciso confiar na autocontenção da maioria parlamentar. Há o risco, portanto, de violação dos direitos das minorias<sup>22</sup>. Daí a importância de um órgão independente que garanta a efetividade da Constituição mesmo contra a vontade da maioria parlamentar, quando esta representar ameaça à efetividade da Constituição.

Nesse sentido, Sweet e Mathews (2008) defendem a legitimidade dos juízes constitucionais com base na teoria da delegação, por considerarem que o compromisso com os direitos fundamentais exige a transferência de poderes aos juízes constitucionais. Eles afirmam o seguinte:

*The passage to new constitutionalism proved Kelsen right: a rights-protecting, trustee court is a positive legislator whose discretionary lawmaking authority, at least on paper, is potentially limitless. But the context for Kelsen's arguments has radically changed (Part IV). After World War II, rights and constitutional review became central to the very idea of constitutionalism. In most places with new constitutions, it would be a relatively simple matter to defend judicial supremacy from the standpoint of delegation theory: a political commitment to rights requires massive delegation to judges; and, if the judges do their jobs properly, they will at times impinge upon policy processes and outcomes. One could also argue that, under the new constitutionalism, there is no legitimacy problem, since the constitution itself expressly provides for rights, rights review, and the structural supremacy of the constitutional judge in certain (policy-relevant) processes. What is interesting is that neither argument has succeeded in shutting down the controversy that attends supremacy or what judges do with it. (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 93-94)*

Diante de tal transferência de poderes aos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade, uma das grandes preocupações da moderna teoria constitucional é a harmonização entre o

---

<sup>22</sup> De acordo com Robert DAHL (1957, p. 283), essa função contramajoritária da Suprema Corte dificilmente seria conciliável com um sistema democrático, ao menos como concebido tradicionalmente e, além disso, não haveria evidência direta de que a Suprema Corte favorece os interesses majoritários ou de grupos minoritários da população, que não se confundiriam necessariamente com as maiorias ou minorias parlamentares. Além disso, com base em uma análise das decisões em que a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de leis federais e considerando ainda a forma de escolha de seus juízes, que se assemelha ao processo de escolha de ministros do STF, DAHL (1957) afirma que, salvo em períodos de transição, a Suprema Corte norte-americana é parte da aliança política dominante e dá suporte às políticas patrocinadas por essa mesma aliança dominante e não costuma agir contra os interesses de maiorias parlamentares consolidadas. Com isso conclui que a principal tarefa da Suprema Corte é a de conferir legitimidade para as políticas fundamentais da coalisão dominante (DAHL, 1957, p. 294). Porém ressalva que a Suprema Corte opera para conferir legitimidade não apenas a políticas específicas e paroquiais da aliança dominante, mas sobre os padrões básicos de comportamento requeridos para o funcionamento da democracia (DAHL, 1957, p. 295).



constitucionalismo e a democracia (BRANCO, 2009, p. 58). Paulo Branco descreve precisamente a questão ao afirmar que:

Em toda parte em que se adota o método da proteção da Constituição por meio de controle desempenhado por órgão estranho ao processo legislativo – e, como se notou no capítulo anterior, essa é a tendência onde há democracia –, interpõe-se a questão do conflito entre o ideal de o povo se autodeterminar com o postulado de que deve haver limites às deliberações do mesmo povo. (BRANCO, 2009, p. 58)

Disso resulta a tensão entre o constitucionalismo e a democracia, uma vez que se retira da maioria representada no parlamento uma parcela significativa de seu poder normativo. Nesse contexto, o juiz constitucional assume um papel central no âmbito das deliberações políticas, já que a ele cabe dar a última palavra sobre o conteúdo dos valores e interesses previstos na Constituição. De acordo com Paulo Branco (2009, p. 60), “com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatidade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais”. Portanto, o chamado *paradoxo democrático* levanta reflexões cruciais sobre o papel, o modo de agir e os limites da jurisdição constitucional, pontos primordiais para a avaliação da legitimidade da ponderação de valores pelo juiz constitucional (BRANCO, 2009, p. 60).

Segundo Jeremy Waldron (2006), considerando uma sociedade cujos cidadãos em sua maioria estejam comprometidos com o respeito aos direitos individuais e das minorias e em que as instituições democráticas funcionem razoavelmente bem, não há qualquer evidência de que, em litígios impregnados por questões morais, as decisões produzidas pelos tribunais sejam melhores do que aquelas adotadas pelos órgãos legislativos. Por outro lado, afirma que pesa decisivamente em favor das decisões legislativas o fato de serem tomadas por meio de um procedimento democrático, em que, na medida do possível, são consideradas igualmente as opiniões de todos. Para Waldron (2006), embora o processo legislativo não seja perfeito, seria melhor do que o método judicial para decidir questões abstratas sobre direitos, porque os legisladores devem prestar contas regularmente aos seus constituintes mediante o processo eleitoral. Assim, segundo ele, a competência para a ponderação de bens e valores seria própria dos representantes do povo democraticamente eleitos e não dos juízes constitucionais. Deriva daí a conclusão de que a atribuição de competência aos juízes para decidir sobre a constitucionalidade dos atos legislativos com fundamento na proporcionalidade e, mais especificamente, na ponderação de interesses, representaria um inaceitável estreitamento da competência dos parlamentos e numa ampliação excessiva do poder dos juízes.

Porém, o próprio Waldron (2006) reconhece algumas condições para que a jurisdição constitucional possa ser dispensada (*core cases*). São elas: (i) instituições democráticas razoavelmente funcionais; (ii) instituições judiciais aptas a revisar atos executivos<sup>23</sup> e que sejam relativamente independentes do processo eleitoral; (iii) a existência de um compromisso com os direitos por parte dos membros da sociedade; e (iv) a existência de controvérsias sobre esses direitos<sup>24</sup>. Na prática, essas condições ideais dificilmente poderiam ser alcançadas. Poder-se-ia então afirmar que a jurisdição constitucional se prestaria a tentar corrigir “disfunções democráticas”. É o que sustenta John Hart Ely<sup>25</sup> (2010). Segundo Ely:

O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. (ELY, 2010, p. 137)

Nesse contexto, Martin Shapiro (1994, p. 111) pondera que, embora não haja razões para acreditar que os juízes sejam melhores do que os demais governantes, eles são diferentes. E conclui que isso talvez seja uma vantagem (SHAPIRO, 1994, p. 111). No mesmo sentido, Ely (2010, p. 137) afirma que não se pode deixar aos representantes eleitos a identificação das situações de “mau funcionamento” das instituições democráticas para em seguida concluir que “os juízes nomeados, no entanto, estão efetivamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo”. Portanto, nessas situações, a ausência de *accountability* democrática poderia ser tida como uma vantagem, já que seria incompatível com a natureza de algumas decisões que se deseja que sejam tomadas pelas cortes constitucionais<sup>26</sup>. Por outro lado, a

<sup>23</sup> Waldron (2006, p. 1363) admite a possibilidade de revisão judicial de atos legislativos, mas com restrições, devendo ser exercida segundo as características clássicas dos atos judiciais.

<sup>24</sup> Waldron (2006, p. 1401) afirma que: “*people who take rights seriously must be expected to disagree about them; but is a sign of their taking rights seriously that these disagreements will be relatively independent of the personal stakes that individuals have in the matter*”.

<sup>25</sup> Segundo Ely (2010, p. 136): “a linha de decisão judicial que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação ‘antitruste’, entendida como oposta a uma orientação ‘reguladora’ – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico”.

<sup>26</sup> O próprio Waldron (2006, p. 1405) afirma o seguinte: “*The argument for giving final authority to judges is that elite sympathizers in the judiciary are better able than elite sympathizers in an elected legislature to protect themselves when they accord rights to the members of an unpopular minority. They are less vulnerable to public anger and they need not worry about retaliation. They are therefore more likely to protect the minority*”

ausência de submissão dos órgãos judiciais à vontade das massas resulta na necessidade de estabelecer outras espécies de controle. Retomaremos esse último ponto mais adiante.

É possível concordar com Waldron (2006) no sentido de que, atendidos os seus quatro pressupostos, torna-se desnecessário um sistema de *judicial review*. Porém, mesmo nesse caso (*core cases*), os pressupostos elencados por Waldron podem eventualmente desaparecer ou, embora presentes em determinadas discussões, podem não ser atendidos em outras decisões sobre questões muito passionais, como o direito ao aborto, cotas raciais e a união homoafetiva. Assim, um sistema de *judicial review* seria importante mesmo em sociedades nas quais, aparentemente, os quatro pressupostos elencados por Waldron estivessem presentes, funcionando como uma espécie de “seguro” contra violações de direitos. Como afirma Steinmetz (2001, p. 196), “não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador”.

Ocorre que dar a última palavra sobre a compatibilidade entre atos legislativos e princípios constitucionais a um tribunal não evita o risco de abuso de poder. Apenas transfere o risco, ou parte dele, do parlamento para o órgão incumbido da jurisdição constitucional. E, como já exposto, o *déficit democrático* dessa solução é evidente. Apesar disso, há bons motivos para atribuir esse poder aos juízes constitucionais. Primeiro, os tribunais são desprovidos de poder político ou do comando das forças de segurança do Estado (polícias e forças armadas). Em caso de recalcitrância, os tribunais precisam do apoio de órgãos de segurança que não estão sob o seu comando para garantirem o cumprimento de suas decisões. Além disso, dados os próprios mecanismos de escolha dos juízes, também não são capazes de fazer valer suas decisões pela força do apoio das massas. Assim, as próprias limitações políticas dos tribunais os tornam um árbitro menos propenso a arrogar-se poderes tirânicos. Esse é um importante fator inibidor de excessos.

Portanto, ainda que não se possa concluir, em abstrato, que os juízes constitucionais são mais confiáveis do que os legisladores, há bons motivos para estabelecer mecanismos de controle recíproco<sup>27</sup>. E esse foi o modelo adotado pela Constituição de 1988, que, ao menos por enquanto, tem se mostrado razoavelmente funcional. De acordo com o indicador de confiança dos brasileiros nas

---

<sup>27</sup> A jurisdição constitucional implica a possibilidade, em maior ou menor grau, de anulação de atos legislativos pelos juízes. Mas, por outro lado, há mecanismos de controle das cortes constitucionais ou tribunais supremos pelos órgãos legislativos, tais como a competência para aprovar a indicação de juízes constitucionais e a possibilidade de *impeachment* desses magistrados.

instituições divulgado pelo IBOPE<sup>28</sup> em 2013, o Poder Judiciário atingiu um índice superior ao de todas as instituições que contam com membros eleitos democraticamente, como a Presidência da República, o governo local, o próprio sistema eleitoral, bem como o Congresso Nacional e os partidos políticos. Embora o índice de confiança da população (2013) no Poder Judiciário/Justiça (46) tenha ficado abaixo da média das demais instituições (50), foi substancialmente superior ao índice obtido pelo Congresso Nacional (29) e pelos partidos políticos (25). Pode-se deduzir daí que, aos olhos do público, as instituições judiciais têm cumprido o seu papel constitucional relativamente melhor do que o parlamento. Num ambiente de tanta desconfiança nos partidos políticos e no Congresso Nacional, é difícil imaginar que haja alguma melhoria à efetividade dos direitos constitucionais caso adotado um modelo de supremacia parlamentar.

A instituição de um sistema de controle de constitucionalidade desempenhado por órgão independente do Poder Legislativo e relativamente afastado das pressões das massas é um modo de garantir a efetividade da Constituição. Por sua vez, o exame de proporcionalidade é um método para assegurar força normativa aos princípios constitucionais. Neste ponto, vale transcrever o seguinte trecho da obra de Paulo Gustavo Gonet Branco:

A ponderação de valores constitucionais pela justiça constitucional tem a ver com o poder do juiz constitucional na sociedade. O exame do assunto não dispensa, por isso, que seja compreendido sob o ângulo do equilíbrio de poderes, necessariamente remodelado quando se passa a reconhecer uma participação ativa do Judiciário na definição da vida política.

A nova realidade de poder desempenhado pelo juiz constitucional é tributária do reconhecimento da Constituição como documento jurídico fundante e superior da comunidade política, definidor, além disso, de direitos básicos do ser humano. É ainda filha intelectual da concepção de que os direitos fundamentais e a própria Constituição não encontram proteção ideal nos ramos do governo de origem representativa, até porque os titulares destes dependem, para permanecer nos cargos, das próprias maiorias.

A solução encontrada no Velho e no Novo Mundo, e que se expandiu por todo o orbe democrático, limita a democracia para preservá-la, donde o seu caráter paradoxal. (BRANCO, 2009, p. 55-56).

Isso não significa, porém, que o órgão encarregado da jurisdição constitucional possa livremente basear-se em um raciocínio abstrato baseado em princípios para tentar impor a sua própria vontade à sociedade. Nesse caso haveria a mera substituição da vontade do órgão legislativo pela vontade da corte constitucional ou tribunal supremo, o que não teria sentido numa sociedade que tem

---

<sup>28</sup> <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx>

na democracia representativa um valor a ser preservado. Daí a necessidade de estabelecer critérios tão precisos quanto possível para evitar que o controle judicial de constitucionalidade com base no exame de proporcionalidade se desvirtue em sustentáculo para decisões arbitrárias dos juízes constitucionais, em detrimento dos demais poderes constituídos, especialmente o Parlamento. Neste ponto, é preciso retomar a abordagem sobre a objeção do *déficit de racionalidade* da ponderação de princípios, segundo a qual esse método permitiria uma *subjetividade ilimitada* cuja consequência seria uma maior insegurança jurídica.

É inegável que decisões tomadas com base em valorações realizadas *a posteriori* gozam de um grau de previsibilidade menor que decisões adotadas com base no método da subsunção direta do fato a um determinado enunciado normativo que exprima uma regra. Mas a inferioridade da ponderação em relação à subsunção no quesito previsibilidade não significa necessariamente que ela deva ser descartada. O método da ponderação é superior ao da subsunção em flexibilidade. Aliás, é da sua maior flexibilidade que deriva a discricionariedade mais ampla que confere aos juízes e, conseqüentemente, a menor previsibilidade das decisões. Com o método da ponderação facilita-se a adaptação das normas jurídicas às situações concretas, favorecendo assim a concretização da justiça. Portanto, trata-se de avaliar os custos e os benefícios de cada solução, considerando-se ainda a possibilidade de redução do nível de insegurança gerado pela ponderação.

A afirmação de que a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade com base no exame de proporcionalidade confere uma maior discricionariedade aos juízes constitucionais não significa que haja uma solução melhor. Mantida a jurisdição constitucional, uma das alternativas seria estabelecer *a priori* uma hierarquia entre os diversos direitos constitucionais. Mas isso não seria nada mais do que congelar uma determinada relação de precedência entre eles, impedindo que se possa chegar a uma decisão diferente considerando as peculiaridades de cada caso. Portanto, essa solução não parece ser muito animadora. Nesse sentido, afirmam Sweet e Mathews:

*When it comes to constitutional adjudication, balancing can never be dissociated from lawmaking: it requires judges to behave as legislators do, or to sit in judgment of a prior act of balancing performed by elected officials. We nonetheless argue that the move to balancing offers important advantages. Consider the alternatives. A court could declare that rights are absolute, or that one right must always prevail over other constitutional values, including other rights provisions. Creating such hierarchies would, in effect, constitutionalize winners and losers. Further, we know of no defensible procedure for doing so other than freezing in place a prior act of balancing: insofar as judges gave reasons for having conferred a higher status on one value relative to another, they have in fact balanced. A court could also*

*generate precedent-based covering rules for determining when a right is or is not in play, or under what circumstances one interest prevails against another. The procedure cannot save the court from charges that it legislates or balances. On the contrary, such a court dons the mantle of the supreme legislator whose self-appointed task is to elaborate what is, in effect, a constitutional code. (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 88-89)*

O processo de ponderação tem a vantagem decisiva de deixar claro o tipo de decisão que a jurisdição constitucional envolve quando diferentes interesses materiais, muitas vezes contrapostos, são constitucionalizados. Mais uma vez, é pertinente citar Sweet e Mathews:

*A court that explicitly acknowledges that balancing inheres in rights adjudication is a more honest court than one that claims that it only enforces a constitutional code, but neither balances nor makes law. It also makes itself better off strategically, relative to alternatives. The move to balancing makes it clear: (a) that each party is pleading a constitutionally-legitimate norm or value; (b) that, a priori, the court holds each of these interests in equally high esteem; (c) that determining which value shall prevail in any given case is not a mechanical exercise, but is a difficult judicial task involving complex policy considerations; and (d) that future cases pitting the same two legal interests against one another may well be decided differently, depending on the facts. (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 89)*

O próprio Alexy (2012, p. 611) afirma que “o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio de sopesamentos entre princípios formais e princípios materiais”. Segundo Alexy (2012, p. 615), o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado é um princípio formal na medida em que não determina nenhum conteúdo, mas apenas quem deve definir conteúdos. Esse princípio “exige que as decisões relevantes para a sociedade sejam tomadas pelo legislador democraticamente legitimado” (ALEXY, 2012, p. 615). Portanto, a interferência do órgão de jurisdição constitucional demanda uma ponderação entre a importância do princípio material em jogo e o princípio formal da competência decisória de modo que a intervenção judicial só deve ocorrer quando, de acordo com as circunstâncias do caso, o interesse comprometido justifique a sobreposição da decisão judicial à decisão parlamentar.

O grande desafio é impedir que os tribunais constitucionais se excedam no exercício de suas atribuições legítimas. A possibilidade de controle judicial de constitucionalidade com base na análise de proporcionalidade levanta a questão de como controlar essas decisões e evitar que os juízes se excedam em suas funções. Isso só será possível caso a análise de proporcionalidade consista em um método racional de tomada de decisões e que seja corretamente aplicado pelos juízes constitucionais, haja vista que decisões irracionais ou arbitrárias não são passíveis de controle

intersubjetivo. E Alexy demonstra que o sopesamento de princípios é um método objetivo e intersubjetivamente válido que nada tem a ver com irracionalidade (KLATT, 2007, p. 512).

Para demonstrar a racionalidade da ponderação, Alexy (2005, p. 576) sugere uma “fórmula do peso” (*weight formula*) segundo a qual o peso concreto de um princípio (WP1) é dado pelo quociente da intensidade da interferência nesse princípio (P1) e da importância concreta do princípio concorrente (P2), onde os graus de intensidade “leve”, “moderado” e “alto” seriam representados em progressão geométrica 1, 2 e 4, respectivamente. Assim, conclui que uma restrição a um direito fundamental seria desproporcional quando, na sua ausência, não resultasse uma restrição de grau igual ou superior a outro princípio concorrente. Nas palavras de Alexy, assim poderia ser descrita a “lei da desproporcionalidade” (*disproportionality rule*):

*An interference with a constitutional right is disproportional if it is not justified by the fact that the omission of this interference would give rise to an interference with another principle (or with the same principle with respect to other persons or in other respects), provided that this latter interference is at least as intensive as the first one. (ALEXY, 2003, p. 138).*

Ainda de acordo com Robert Alexy (2003 p. 139), as decisões com base na técnica da ponderação ou sopesamento de princípios extraem a sua pretensão de correção dos julgamentos acerca dos graus de intensidade das interferências sobre os princípios em colisão. Mais do que isso, sustenta que esses julgamentos não poderiam ser tidos como arbitrários, desde que estejam fundamentados em bons argumentos (ALEXY, 2003, p. 139).

Alexy (2005, p. 576) então afirma que a racionalidade dessa estrutura inferencial depende essencialmente da conexão de premissas que possam ser *justificadas*. Assim, a racionalidade da fórmula do peso dependeria da racionalidade das premissas utilizadas para definir os fatores da equação (*inputs*), que consistiriam em um julgamento ou proposição normativa. Segundo Alexy (2005, p. 576-577), esse julgamento levanta uma *pretensão de correção*, que pode ser justificada como a conclusão de um outro esquema inferencial em um discurso. Esses juízos ou proposições são justificados por meio de argumentos. Portanto, a fórmula do peso seria uma *forma de argumento*. Tenta-se assim demonstrar que a racionalidade da ponderação está intrinsecamente relacionada ao *discurso jurídico*. Seria então possível combater a objeção de irracionalidade afirmando que a ponderação é tão racional quanto o discurso. E se o discurso prático não fosse racional, não haveria racionalidade prática (ALEXY, 2005, p. 577). Portanto, no modelo proposto por Alexy, a

racionalidade dos julgamentos que envolvem a ponderação de princípios se assenta essencialmente sobre a racionalidade do processo discursivo e nos argumentos utilizados para fundamentar a decisão.

Portanto, no modelo proposto por Robert Alexy, a racionalidade dos julgamentos que envolvem a ponderação de princípios se assenta essencialmente sobre a racionalidade do processo discursivo e nos argumentos utilizados para fundamentar a decisão. Isso nos conduz à Teoria da Argumentação Jurídica.



## 2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

### 2.1 Aspectos preliminares

Até o Século XVIII, a educação jurídica reservava um lugar importante para o raciocínio sobre regras e princípios jurídicos (LA TORRE, p. 377). Nessa época, o raciocínio jurídico era entendido mais como uma retórica, a capacidade de oratória e o poder de persuasão. Isso mudou com o Iluminismo e as grandes codificações. Passou-se a entender que, se a lei fosse elaborada adequadamente, com o máximo de clareza e exaustividade de suas disposições, seria desnecessária a intermediação de juristas para interpretá-la. Assim, o sistema jurídico concebido durante o Iluminismo baseava-se em fontes normativas explicitamente estabelecidas pelos órgãos legislativos. A esse respeito, afirma Massimo La Torre:

*In other words, the Enlightenment and the Napoleonic codification marked a move from a theory of law centred on arguments, however heterogeneous, frequently mutually contradictory and unsystematic, to a theory of law centred on the notion of source. (LA TORRE, 2002, p. 378)*

Nesse contexto positivista, sobretudo na Europa continental, os juízes deviam exercer suas funções mediante operações de silogismo em que a premissa maior era a lei, a premissa menor era o fato e a conclusão seria a sentença judicial. Mas é importante frisar que, de acordo com La Torre (2002, p. 379), a novidade não era propriamente a operação de silogismo, mas no que deveria constituir a sua premissa maior e nas qualidades atribuídas a esse elemento: a premissa maior era a lei, considerada como o sentido literal dos enunciados normativos estabelecidos pelos parlamentos. Portanto, a atividade do juiz era vista como uma aplicação quase mecânica de enunciados normativos preestabelecidos legislativamente aos fatos em análise. Assim, como afirma La Torre (2002, p. 378), a atividade judicial se torna eminentemente cognitiva, mediante a utilização da *razão teórica*, e não da *razão prática*, ou seja, afirmações descritivas e não avaliações prescritivas<sup>29</sup>. Em outros termos, o silogismo é concebido como uma operação essencialmente cognitiva, isto é, um silogismo teórico mais do que prático (LA TORRE, 2002, p. 379). Tratava-se então de um modelo concebido para realçar o poder normativo dos órgãos parlamentares, o que então era considerado necessário para preservar a separação entre os poderes.

---

<sup>29</sup> A razão teórica envolve o “mundo da causalidade” e tem por objetivo distinguir o verdadeiro e o falso, sem deliberar sobre o que é melhor ou pior. Por outro lado, a razão prática lida com o que é contingente e variável, justificando escolhas valorativas e prescrevendo como se deve agir numa dada circunstância.

Esse modelo silogístico típico do positivismo jurídico entrou em crise em meados do Século XX. Para Massimo La Torre (2002, p. 380), dois são os principais fatores que desencadearam essa crise. O primeiro é que esse modelo não era realista, pois não se encaixava bem ao modo como os juízes efetivamente aplicavam o Direito. Por diversos motivos, a legislação não poderia ser aplicada mecanicamente como preceituavam os positivistas. O próprio La Torre (2002, p. 380) aponta três razões fundamentais para essa conclusão: (i) a legislação não consegue ser totalmente clara, o que exige uma construção que normalmente envolve elementos diversificados e que precisam ser interpretados; (ii) a decisão sobre a relevância jurídica de um fato não decorre simplesmente da aplicação de um enunciado normativo, uma vez que pode ser necessária uma avaliação prévia acerca da previsão legal que seria mais apropriada para regular o fato em análise; e (iii) mesmo quando o enunciado normativo é suficientemente claro e adequado ao fato, muitas vezes dele não se pode extrair uma única “resposta correta”, o que significa que a operação de silogismo permitiria várias conclusões formalmente (lógica e juridicamente) corretas.

O segundo fator de crise do modelo silogístico positivista resultaria da própria evolução dos sistemas jurídicos. De acordo com La Torre (2002, p. 381), houve uma proliferação de estatutos específicos (*ad hoc*) em lugar das codificações abrangentes e uma migração de um Estado de direito baseado nas leis para um Estado constitucional no qual determinados direitos (constitucionais) são considerados hierarquicamente superiores às leis. Nesse contexto, o princípio da igualdade perante a lei é reinterpretado como princípio da razoabilidade ou da racionalidade substantiva (a reserva legal transforma-se em reserva legal proporcional). Ocorre assim um relativo declínio da lei diante da superioridade da Constituição. Com isso, o juiz se torna um elemento central do sistema jurídico ocupando espaços que antes eram exclusivos dos órgãos legislativos. Além disso, a crescente importância e influência do direito constitucional e suas repercussões sobre o sistema judicial resultaram numa modificação da forma de raciocínio cristalizada nas decisões judiciais. Uma vez que as constituições são normalmente compostas por enunciados normativos de caráter aberto e sendo atribuído aos juízes o papel de guardiões da constituição, tornou-se necessário um modelo de argumentação mais complexo do que o silogismo para justificar a (in)constitucionalidade das opções legislativas. Nesse sentido, afirma La Torre (2002, p. 382) que “a justiça constitucional, a fim de justificar suas próprias decisões, precisa então utilizar estratégias argumentativas muito mais bem estruturadas do que no modelo silogístico”.

Manuel Atienza (2004, p. 12) explica que o Estado constitucional se caracteriza não apenas por contar com uma constituição, mas pela existência de certos conteúdos (direitos fundamentais) que limitam ou condicionam a produção, a interpretação e a aplicação do Direito, contrapondo-se assim ao Estado “legislativo”, posto que, no Estado constitucional, o poder dos órgãos legislativos se torna um poder limitado e que deve atender a critérios de justificação muito mais exigentes. Assim, o Estado constitucional pressupõe um incremento da tarefa de justificação dos órgãos estatais e, por isso, há uma maior demanda por argumentação jurídica (ATIENZA, 2004, p. 12). Como já exposto, essa argumentação jurídica não se confunde com uma simples operação de silogismo em que a premissa maior é um enunciado normativo preestabelecido aplicado aos fatos. Trata-se de um modelo de argumentação bem mais complexo que isso.

## **2.2 A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy**

Como visto, a aplicação de normas jurídicas não pode mais ser considerada como limitada a uma subsunção lógica de um fato a um enunciado normativo abstratamente formulado. Há decisões que não se seguem logicamente da comparação entre um axioma empírico e uma regra predeterminada tida por vigente, cabendo à metodologia jurídica o papel de definir como podem ser fundamentadas tais decisões. Para Robert Alexy (2005), a racionalidade da ponderação de princípios decorre de um modelo de fundamentação baseado em argumentos. A lei da ponderação indica como se deve fundamentar um juízo comparativo dos pesos de princípios colidentes, fundamentação esta que depende de enunciados sobre os graus de afetação e importância dos princípios envolvidos (BARBOSA, 2008, p. 26). Esses enunciados são estabelecidos no discurso jurídico por meio de argumentos. Por conseguinte, a racionalidade do juízo de ponderação é transferida para o procedimento discursivo no qual são apresentados os argumentos que sustentam as conclusões sobre os graus de afetação e de importância dos princípios em colisão. Com isso, faz-se uma ponte entre o método da ponderação de princípios e a teoria da argumentação jurídica racional.

Quando a decisão de um caso particular não se segue logicamente de normas pressupostas nem de enunciados solidamente fundamentados em conjunto com um dado enunciado empírico, resta ao intérprete escolher entre as possíveis soluções. Essa escolha envolve um juízo de preferência de um comportamento em detrimento de outro(s), o que demanda um juízo de valor. Desse modo, como afirma Alexy (2013, p. 23), é praticamente unânime o entendimento de que, em alguma medida, a aplicação do Direito demanda juízos de valor. Por outro lado, para que seja evitada a arbitrariedade, as decisões judiciais devem ser fundamentadas em uma argumentação racional.

Com base nesse diagnóstico, Alexy constrói a sua Teoria da Argumentação Jurídica com o propósito de desvendar em que medida são necessárias valorações e como deve ser determinada a sua relação com os métodos de interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática; e como podem ser racionalmente fundamentadas essas valorações. Para Alexy, essas valorações são sempre “moralmente relevantes”. Mas o professor alemão adverte que daí não se segue necessariamente que o aplicador do Direito esteja livre para impor suas próprias convicções morais pessoais, o que só ocorreria se não houvesse qualquer meio para objetivar essas valorações (ALEXY, 2013, p. 26).

Alexy identifica quatro propostas de objetivação das valorações a serem promovidas pelos juristas: a fundamentação com base em convicções e consensos faticamente existentes na sociedade; a identificação e aplicação de valores extraídos de alguma maneira do material jurídico existente; o recurso a uma ordem de valores suprapositiva; e o apelo a outros conhecimentos empíricos. Mas rejeita que esses procedimentos ou mesmo a soma de todos eles sejam capazes de resolver o problema da fundamentação das decisões jurídicas. Segundo Alexy, os consensos fáticos em sociedades modernas são raros, ao menos em relação a questões práticas concretas; é sempre possível encontrar valores divergentes no conjunto do ordenamento jurídico; a identificação de valores decorrentes de ordens naturais preexistentes é um procedimento muito duvidoso do ponto de vista metódico; e juízos fáticos poderiam conduzir a diferentes consequências normativas. Assim, Alexy procura desenvolver critérios que conduzam à racionalidade do discurso jurídico, incluindo uma análise lógica das fundamentações, numa perspectiva “analítico-normativa”. Para isso, é central a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Em ambos os casos haveria uma *pretensão de correção* de enunciados normativos, o que implicaria a possibilidade de sua fundamentação racional. Nas palavras de Leonardo Barbosa (2008, p. 24), isso significa que “a argumentação jurídica está condicionada às possibilidades gerais da argumentação moral”. Porém, o discurso jurídico ocorreria sob uma série de limitações que lhe atribuem um caráter especial ante o discurso prático geral (ALEXY, 2013, p. 31).

A possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é primordial para a definição do caráter científico do Direito, o que, segundo Cláudia Toledo (2005, p. 48), é imprescindível para a solidez de um Estado democrático. Caso não haja um critério racional para avaliar a correção de decisões jurídicas, especialmente decisões judiciais, haveria uma radical relativização do Direito (pelo menos nos assim chamados “casos difíceis”) da qual resultaria um grau

de discricionariedade que na prática deixaria os juízes livres para impor suas próprias convicções morais à sociedade. Em outros termos, a ausência de critérios de correção significaria uma discricionariedade judicial absoluta, cujo resultado seria uma atividade jurisdicional completamente arbitrária (KLATT, 2007, p. 507). Certamente, daí não se pode concluir ainda que seja possível estabelecer critérios de correção que evitem um grau de discricionariedade judicial considerado excessivo. Mas justifica a tentativa de estabelecer tais critérios. Até porque, não havendo sucesso nessa empreitada, tem-se mais um motivo para recomendar o comedimento dos tribunais quando do exercício de sua atribuição de controle da constitucionalidade de atos do poder público.

Descartada a concepção positivista de aplicação mecânica do Direito mediante silogismos de caráter teórico, a teoria da argumentação jurídica tem por objetivo demonstrar a possibilidade de uma fundamentação racional do discurso jurídico mediante a estipulação de algumas regras e formas a serem seguidas por seus participantes (TOLEDO, 2005, p. 48). Cláudia Toledo sintetiza o objetivo da teoria da argumentação jurídica nos seguintes termos:

Para a análise do discurso jurídico e suas regras, deve-se, porém, ter a consciência de que o discurso, se for voltado para o agir humano, é prático, e se busca sua orientação, é normativo. A grande dificuldade com que se depara esse discurso para que seja ele racional, indo além da simples opinião, não é a determinação de meios para que se atinjam fins desejados (normas técnicas), mas, do ponto de vista procedimental, a sua construção argumentativa de modo que se encontre o resultado correto.

O discurso prático deve então, obedecer a certas regras que buscam a correção dos argumentos, ou seja, é correto o que é discursivamente racional. Há, portanto, identidade no discurso entre racionalidade e correção.

A elaboração e cumprimento dessas regras proporcionam a racionalidade do discurso e é precisamente a racionalidade o que confere universalidade às conclusões obtidas consensualmente.

Refuta-se, com isso, a afirmação positivista de não cientificidade ou de relatividade das ciências normativas. Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente, com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada correção.

É um equívoco, portanto, deduzir, da existência e necessidade de valorações, uma abertura indiscriminada para convicções morais subjetivas. Isso só ocorreria se não houvesse qualquer maneira de objetivar essas valorações.

Tal objetivação se dá, exatamente, na apresentação sistemática de uma série de condições, critérios ou regras. Isto é, a objetivação de consensos se dá argumentativamente, segundo regras do discurso, tornando-os corretos ou verdadeiros porque racionalmente fundados. Sendo discursivamente racionais, são tornados universais. (TOLEDO, 2005, p. 50).

Como base para a sua Teoria da Argumentação Jurídica, Robert Alexy constrói uma Teoria do Discurso Prático Racional Geral com base em várias teorias no campo da Ética Analítica, na Teoria Consensual da Verdade de Habermas<sup>30</sup> e na Teoria da Argumentação de Perelman. Busca com isso investigar o que seria um “enunciado normativo racionalmente fundamentável”. Mas o próprio Alexy (2013, p. 32) ressalva que as regras e formas de argumentação formuladas com esse fim não são capazes de conduzir a um determinado enunciado normativo. Por outro lado, sua adoção seria suficiente para que o resultado encontrado possa ser considerado discursivamente “correto”, satisfazendo-se assim a pretensão de correção inerente aos enunciados jurídicos. Portanto, a obediência às regras e formas do discurso prático racional geral não permitiria atingir, em qualquer caso, um único enunciado normativo correto. Dito de outro modo, enunciados normativos contraditórios podem ser ambos compatíveis com as regras do discurso prático racional geral. De acordo com Alexy (2013, p. 33) isso ocorreria porque as regras discursivas não prescrevem de quais premissas os participantes do discurso devem partir. Portanto, a sua teoria descreve um processo de decisão que não determina o que se deve tomar como base para as decisões e nem prescreve todos os passos que devem ser seguidos pelos participantes do discurso. O objetivo de ALEXY é estabelecer regras minimamente suficientes para que as discussões possam ser qualificadas como “racionais”. Portanto, o modelo de Alexy é procedimental (LA TORRE, 395). O discurso deve ser compreendido como um procedimento regulado por determinadas regras que preservam a comunicação e permitem a formação da aceitabilidade racional a partir da força dos melhores argumentos (BARBOSA, 2008, p. 24). Para ALEXY, qualquer discurso pressupõe o cumprimento de princípios fundamentais ao próprio discurso e assim procura tornar explícitos esses princípios e regras dos discursos em geral<sup>31</sup>.

### 2.2.1 A Teoria do Discurso Prático Racional Geral

Quando se faz uma proposição normativa (N), parte-se de uma razão (G) e de uma regra (R) que em conjunto conduzem a (N). Desse modo, quem puser em dúvida a fundamentação de (N) deve voltar-se contra (G) ou (R). Caso se questione a regra (R), ela deve ser fundamentada com base numa razão (G') e numa regra (R') de segundo nível. Com isso, um regresso ao infinito só pode ser evitado se a fundamentação for interrompida em algum ponto. Mas se o ponto de interrupção for arbitrário, a arbitrariedade dessa decisão contaminaria toda a fundamentação dela dependente.

---

<sup>30</sup> Alexy, assim como Habermas, parte do pressuposto de que as ideias e conceitos têm uma origem discursiva (LA TORRE, 2002, p. 394).

<sup>31</sup> Para Habermas e Alexy, as características da prática discursiva são universais, o que significa que são independentes de contextos locais. Daí ambos os autores procuram identificar princípios e regras inerentes à prática discursiva em geral, ou seja, que são implicitamente reconhecidos pelos participantes de um discurso (LA TORRE, 2002, p. 394).

Segundo Alexy (2013, p. 178-179), essa situação pode ser evitada se a exigência de uma fundamentação para cada proposição normativa por meio de outra proposição for substituída uma série de exigências que balizem a atividade de fundamentação. Essas exigências seriam as regras do discurso racional. Apesar de não garantirem um único resultado “correto”, o cumprimento dessas regras caracterizaria o resultado como racional. A teoria do discurso racional é uma teoria do discurso normativa, pois nela se analisa o problema de como podem ser fundamentadas as regras do discurso racional. Essas regras são normas para a fundamentação de normas (ALEXY, 2013, p. 180).

Alexy formula diversas regras do discurso prático geral, dividindo-as em cinco grupos: (i) regras fundamentais; (ii) regras de razão; (iii) regras sobre a carga de argumentação; (iv) regras de fundamentação; e (v) regras de transição. Adverte ainda que algumas regras exigem cumprimento estrito, enquanto outras contêm exigências que só podem ser cumpridas de forma aproximada. Além disso, há regras que regulam o comportamento internamente ao discurso prático, enquanto outras determinam os parâmetros para a transição entre o discurso prático e outras formas de discurso (ALEXY, 2013, p. 186-187).

As regras fundamentais decorrem de condições consideradas essenciais para qualquer comunicação linguística que trate de verdade ou correção e são as seguintes: (i) nenhuma falante pode contradizer-se; (ii) todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita, sem prejuízo da possibilidade de conjecturas (sinceridade na discussão); (iii) todo falante que aplique um predicado (F) a um objeto (A) deve estar disposto a aplicar (F) a qualquer objeto igual a (A) em todos os aspectos relevantes<sup>32</sup> (coerência); e (iv) os falantes não devem utilizar a mesma expressão com significados diferentes.

As regras de razão dizem respeito aos parâmetros de fundamentação ou justificação das asserções produzidas no âmbito dos discursos práticos. Há uma regra geral de fundamentação e três regras derivadas que se referem especificamente à participação dos falantes nos discursos práticos. A regra geral de fundamentação é que todo falante, se lhe for pedido, deve fundamentar suas afirmações, a não ser que possa dar razões que justifiquem a recusa. As três outras regras de participação são as seguintes: (i) qualquer pessoa capaz de se comunicar pode tomar parte no discurso; (ii) todos podem problematizar qualquer asserção, introduzir qualquer asserção no discurso, bem como expressar suas opiniões, desejos e necessidades; e (iii) os falantes não podem ser

---

<sup>32</sup> Essa exigência decorre do princípio da universalidade.

impedidos de exercer os direitos delineados nas duas regras antecedentes por coação interna ou externa ao discurso. Os argumentos produzidos sem que sejam cumpridas tais exigências devem ser considerados inválidos, o que significa que essas regras consistem em critérios para a correção de proposições normativas. Ocorre que as regras relativas à participação no discurso prático só podem ser cumpridas de forma aproximada. Assim, desde que atendidas na maior medida possível, essas regras funcionariam como um critério provisório de correção das proposições normativas (ALEXY, 2013, p. 190-193).

As regras sobre a carga de argumentação buscam estabelecer parâmetros para que as discussões não se percam em questionamentos infinitos de uma parte à outra, distribuindo o ônus argumentativo entre as partes com base no princípio da universalidade, na regra geral de fundamentação, na presunção em favor da igualdade que decorre das regras de razão e no princípio da inércia de Perelman<sup>33</sup>. São elas: (i) quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B está obrigado a fundamentar; (ii) quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso; (iii) quem aduz um argumento em favor de uma proposição normativa só está obrigado a dar mais argumentos caso sejam apresentados contra-argumentos; e (iv) quem introduz no discurso uma afirmação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se configurem como argumento de uma manifestação anterior deve, se lhe for pedido, fundamentar a introdução daquela afirmação no discurso (ALEXY, 2013, p. 193-195).

De acordo com Alexy (2013, p. 195), “o objeto imediato do discurso prático são as proposições normativas singulares”. Afirma então que existem duas maneiras principais de fundamentá-las: fazendo referência a uma regra pressuposta como válida; ou assinalando as consequências de seguir a proposição que busca fundamentar. Mas há uma semelhança estrutural entre elas. Quando se faz referência a uma regra em uma fundamentação, pressupõe-se que sejam cumpridas as condições fáticas de sua aplicação. Portanto, presume-se verdadeiro um enunciado que descreva a presença dessas condições no caso concreto. Por outro lado, quando se apresenta uma asserção sobre consequências como razão para uma proposição normativa singular, pressupõe-se uma norma que expressa que a produção de tais consequências é obrigatória ou, pelo menos, boa. Portanto, em ambos os casos há uma combinação entre um enunciado fático (condições de aplicação

---

<sup>33</sup> De acordo com o princípio da inércia de Perelman, uma ideia que tenha sido aceita uma vez não pode ser rejeitada sem um motivo suficiente, uma vez que se considera irracional abandonar sem motivo uma ideia até então aceita. Com isso, a exigência de justificação fica bastante limitada, pois não é preciso justificar tudo, mas apenas aquilo que for posto em dúvida justificadamente.



de uma regra ou as consequências de uma proposição normativa) em conjunto com uma norma com o objetivo de fundamentar uma proposição normativa singular<sup>34</sup>. Sobre a veracidade de tais enunciados fáticos é possível desenvolver um *discurso teórico* (ALEXY, 2013, p. 196-197). Por sua vez, a norma aplicada na fundamentação da proposição normativa singular pode ser justificada mediante as mesmas formas de argumento (num segundo nível), ou seja, apontando-se suas próprias consequências em conjunto com uma norma que indica que tais consequências são obrigatórias ou boas; ou por meio de uma regra adicional juntamente com um enunciado que descreva as condições de sua aplicação.

De acordo com essas formas de argumento, a aplicação de uma norma conduz a um único resultado. Porém, normas diferentes podem levar a resultados incompatíveis entre si. Nesse caso, é preciso decidir a fundamentação que tem prioridade sobre as demais e para isso são aplicadas as regras de prioridade (ALEXY, 2013, p. 198). Essas regras de prioridade podem prescrever que determinadas normas tenham uma precedência absoluta sobre outras ou uma precedência condicionada. Se houver conflito entre regras de prioridade, deve-se aplicar regras de prioridade de segundo nível (ALEXY, 2013, p. 198). Robert Alexy (2013, p. 199) explica ainda que as distintas formas de argumento são combináveis e transitáveis à vontade e essas combinações produzem uma estrutura de argumento<sup>35</sup>. Essas estruturas de argumentos devem ser sempre finitas, pois não é possível justificar todas as normas. Algumas devem ser aceitas para que seja possível a ação de justificação. Quanto a esse ponto, Alexy (2013, p. 199) afirma que “a exigência de racionalidade não significa que todas as regras tenham de se justificar por si, mas apenas que toda regra possa ser objeto de justificação”.

Mas, embora as formas de argumento sejam importantes para aumentar a racionalidade do discurso prático, na medida em que se deixa de lado o recurso a adulações, acusações ou ameaças, elas podem justificar qualquer proposição normativa e qualquer regra (ALEXY, 2013, p. 199). Por isso é preciso buscar regras para as fundamentações efetuadas com essas formas de argumento que determinem diretamente o conteúdo das proposições e regras a serem fundamentadas. Essas regras podem ser divididas em três grupos: variantes do princípio da generalizabilidade; o argumento genético; e a necessidade de realizabilidade.

---

<sup>34</sup> Isso remete à forma geral de argumento descrita por Hare, segundo a qual é a combinação entre uma razão e uma regra moral que permite a passagem para uma proposição normativa (ALEXY, 2013, p. 77).

<sup>35</sup> Essa estrutura de argumento pode ser aditiva, quando se justifica uma proposição ou uma norma por argumentos independentes entre si; ou regressiva, quando um argumento serve de apoio ao outro (ALEXY, 2013, p. 199).

As variantes do princípio da generalizabilidade derivam das versões de Hare, Habermas e Baier e dão origem às seguintes exigências: (i) quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação de interesses de outras pessoas deve estar disposto a aceitar as consequências de tal regra também no caso hipotético de ele próprio se encontrar na situação dessas pessoas; (ii) as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos, ou seja, cada um deve estar de acordo com cada regra; e (iii) toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral<sup>36</sup> (ALEXY, 2013, p. 200-201).

Mas essas regras não garantem um acordo racional. Não sendo possível elaborar um procedimento que conduza sempre a um acordo racional, Alexy propõe que haveria um ganho se houvesse um procedimento que aumentasse a probabilidade de que ocorram tais acordos. Uma das alternativas apontadas por ele seria a reconstrução do sistema de regras morais pelos participantes do discurso para que se possa verificar, em cada etapa, até que ponto foram cumpridas as condições do discurso racional (gênese crítica). Torna-se assim possível criticar as regras morais surgidas nesse processo de desenvolvimento e que orientam o raciocínio prático. Com base nisso, Alexy formula as seguintes exigências discursivas: (i) as regras morais que servem de base para as concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica, o que não ocorreria se a regra moral: embora originalmente justificável racionalmente, perdeu sua justificação; ou se não puder ser justificada originalmente e não sejam apresentadas novas razões suficientes para isso; e (ii) as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual, o que não ocorreria se a regra moral houver sido estabelecida com base apenas em condições de sociabilização não justificáveis<sup>37</sup>.

Por fim, considerando que o discurso prático se desenvolve com a finalidade de solucionar questões práticas existentes, Alexy concebe uma derradeira regra de fundamentação: devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados. Isso exige que seja possível a realizabilidade de uma norma e que esteja no campo do faticamente possível, o que pressupõe um considerável conhecimento empírico (ALEXY, 2013, p. 202).

---

<sup>36</sup> Segundo Baier, uma das condições formais para que um juízo moral possa ser considerado “verdadeiro” é que as regras que guiam as ações sejam válidas para todos. Disso deriva que essas regras devem ser acessíveis e que possam ser aprendidas por todos. Essa é a “exigência de ensinabilidade” (*universal teachability*), o que excluiria regras como a seguinte “quando você estiver em dificuldade, peça ajuda; mas não ajude ninguém que esteja em dificuldade” (ALEXY, 2013, p. 100-101).

<sup>37</sup> De acordo com Alexy (2013, p. 202), permanece em aberto a questão sobre o que vêm a ser “condições de socialização não justificáveis”, limitando-se a apontar que não são justificadas as condições que impeçam que algum interessado possa tomar parte no discurso.

Alexy (2013, p. 203) explica ainda que muitas questões não podem ser solucionadas apenas pelos meios da argumentação prática, tais como questões de fato, problemas linguísticos e problemas que se referem à própria discussão prática. Nesses casos, seria possível passar a outras formas de discurso. Assim, as regras de transição destinam-se a regular a passagem entre o discurso prático e outras formas de discursos. São elas: (i) qualquer falante pode a qualquer momento passar para um discurso teórico (empírico); (ii) qualquer falante pode a qualquer momento passar a um discurso de análise da linguagem; e (iii) qualquer falante pode a qualquer momento passar a um discurso sobre a teoria do discurso.

As regras e as formas de argumento aumentam a probabilidade de se chegar a um acordo racional em questões práticas, mas não garantem que isso ocorra em todos os casos. No entanto, essas regras e formas de argumento são suficientes para excluir ou impor alguns juízos de valor e de dever. Nessas situações, fala-se em impossibilidade discursiva e necessidade discursiva. Mas entre o que é discursivamente impossível e o que é necessário há uma vasta área em que duas ou mais proposições normativas podem ser fundamentadas racionalmente sem violar as regras do discurso prático racional geral. Trata-se do campo da possibilidade discursiva. Essas questões podem ser objeto de um discurso prático específico regido por normas que permitem decidir entre soluções contraditórias discursivamente possíveis, como é o caso do discurso jurídico. Assim, Alexy (2013, p. 204-205) justifica a necessidade de normas jurídicas com as limitações do discurso prático geral.

### **2.2.2 Teoria da argumentação jurídica**

Há tipos bem diferentes de discussões jurídicas, tais como as deliberações judiciais, as discussões legislativas e os debates acadêmicos, que se dão sob condições mais ou menos limitativas. O ponto distintivo entre a argumentação jurídica, em qualquer de suas formas, e a argumentação prática geral é a vinculação ao direito vigente (ALEXY, 2013, p. 210). Como afirma Alexy (2013, p. 34), a liberdade no discurso jurídico, diferentemente do discurso prático geral, é limitada pela necessidade de obediência à lei, aos precedentes e à dogmática. Isso significa que, nas disputas jurídicas, nem todas as questões se submetem à discussão. Há premissas normativas que são dadas pelo sistema jurídico ao qual a disputa está vinculada. Mas, segundo Alexy (2013, p. 35), os argumentos especificamente jurídicos devem integrar-se, em todos os níveis, com os argumentos práticos gerais. Diante disso, ele procura determinar como deve ocorrer a conexão entre essas espécies de argumentos.

A teoria de Alexy toma por base tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Segundo Alexy (2013, p. 210-211), a tese do caso especial tem dois fundamentos. O primeiro é que as decisões jurídicas referem-se a *questões práticas*, ou seja, questões sobre o que pode ser feito ou omitido. O segundo é que essa discussão ocorre, tanto no discurso jurídico como no discurso prático geral, sob o prisma da *pretensão de correção*. Essa pretensão de correção deriva da própria necessidade de fundamentação dos enunciados jurídico-normativos. Mas, tendo em vista que as decisões jurídicas se dariam sob determinadas condições limitativas, consistiriam num caso especial do discurso prático geral<sup>38</sup>. Neste ponto, é importante destacar que, de acordo com Alexy, a pretensão de correção dos discursos jurídicos não seria idêntica a do discurso prático geral. Isso porque não se pretende que o enunciado jurídico normativo seja apenas racional, mas também que possa ser racionalmente fundamentado no contexto de um determinado ordenamento jurídico vigente. Diante disso, Alexy se propõe a investigar o que poderia ser considerado como uma fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente.

Como explica Alexy (2013, p. 219), podem ser distinguidos dois aspectos da justificação de decisões jurídicas: (i) a justificação interna, em que se verifica se a decisão se segue logicamente das premissas apresentadas; e (ii) a justificação externa, cujo objeto é a correção das premissas utilizadas. Como afirma Cláudia Toledo (2005, p. 57-58), as formas de justificação interna e externa do discurso jurídico buscam satisfazer a exigência de consistência das decisões jurídicas e permitem a sua controlabilidade.

- **A justificação interna**

As regras de justificação interna se destinam a verificar se a conclusão se segue logicamente das premissas apresentadas na fundamentação. De acordo com Cláudia Toledo (2005, p. 55), devem ser desenvolvidas na argumentação jurídica tantas etapas quantas forem possíveis de modo a se formularem, no curso da justificação, expressões cuja aplicação ao caso concreto alcance o maior consenso fundado possível.

A forma mais simples de justificação interna equivale ao método de subsunção, que se dá mediante uma operação simples de silogismo como a do exemplo seguinte:

---

<sup>38</sup> Segundo Georgios Pavlakos (1998), com base no modelo argumentativo de Klaus Günther, que distingue o discurso de aplicação do discurso de justificação, seria mais preciso afirmar que o discurso jurídico de aplicação é um caso especial do discurso prático geral de justificação.

- (1) Uma testemunha não deve mentir sob juramento (norma geral);
- (2) O senhor A é uma testemunha sob juramento;
- (3) Em face das proposições 1 e 2, o senhor A não deve mentir sob juramento.

Essa fórmula satisfaz a justificação mediante regras universais que são requeridas pelo princípio da universalidade, o qual serve de base para o princípio de justiça formal segundo o qual todos os seres de uma mesma categoria devem ser tratados igualmente (ALEXY, 2013, p. 220). Com base no princípio da universalidade, Alexy formula as seguintes regras de justificação interna: (i) *para a fundamentação de uma decisão jurídica, é preciso apresentar pelo menos uma regra universal*; e (ii) *a decisão jurídica deve seguir-se logicamente de pelo menos uma regra universal em conjunto com outras proposições*. Essas regras valem tanto para os casos em que se possa utilizar como fundamentação uma regra positivada preexistente quanto para os casos em que seja necessário construir a regra universal aplicável (ALEXY, 2013, p. 221).

Ocorre que, de acordo com Alexy (2013, p. 221), essa forma de justificação é insuficiente em casos mais complexos, por fatores diversos. Quando não se tem certeza se uma dada situação concreta se encaixa no predicado que representa a suposição de fato da norma, não é possível aplicar a forma de justificação mais simples acima delineada. Seria preciso *desenvolver* a norma geral para se obter uma norma cada vez mais concreta. Decorre daí uma terceira regra de justificação interna: *quando houver dúvida se uma dada situação concreta se encaixa na hipótese de aplicação de uma norma geral, deve-se apresentar uma regra que decida a questão*. Surge então a questão de estabelecer quantas etapas de desenvolvimento da norma geral são necessárias e, para isso, Alexy (2013, p. 225-226) formula outras duas regras: (i) *são necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível*; e (ii) *deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento*.

Alexy (2013, p. 226) explica que a fundamentação jurídica não consiste apenas na dedução a partir de normas previamente dadas. Nos casos mais complicados, a fundamentação das decisões jurídicas exigiria uma série de premissas que não são deduzidas diretamente de nenhuma lei. Em muitos casos, a norma com que se começa o raciocínio sequer é uma norma de direito positivo. Mas, no processo de justificação, as premissas não extraídas do direito positivo aparecem explicitamente em toda a sua extensão. De acordo com Alexy (2013, p. 226), esse talvez seja o

aspecto mais importante da justificação interna. Em resumo, a justificação interna deve expor todas as premissas em que se baseia a decisão, sejam elas extraídas do direito positivo ou não. A fundamentação dessas premissas não extraídas diretamente do direito positivo é tarefa da justificação externa. De acordo com Alexy (2013, p. 227-228), a exposição das premissas que devem ser justificadas externamente aumenta a possibilidade de reconhecer e criticar eventuais equívocos, facilita a consistência da decisão e por isso contribui para a justiça e para a segurança jurídica. Com isso, as regras de justificação interna asseguram certa medida de racionalidade. Mas a racionalidade que garantem, segundo ALEXY (2013, p. 228), é relativa à racionalidade das premissas. Então conclui que “o juízo sobre a racionalidade de uma decisão pertence (...) ao campo da justificação externa” (ALEXY, 2013, p. 228).

- **Justificação externa**

A justificação externa destina-se a fundamentar a correção das próprias premissas aplicadas ao discurso jurídico. Nas palavras de Alexy (2013, p. 228), “o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna”. Essas premissas podem ser: regras de direito positivo; enunciados empíricos; ou premissas que não são nem regras de direito positivo nem enunciados empíricos. Aos diferentes tipos de premissas correspondem métodos de fundamentação distintos. Afirma Alexy (2013, p. 228):

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”. (ALEXY, 2013, p. 228)

As formas de argumentos e as regras de justificação externa são classificadas por Alexy em seis grupos: (i) as de interpretação; (ii) as de dogmática; (iii) as de uso de precedentes; (iv) as da argumentação prática geral; (v) as da argumentação empírica; e (vi) as das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos.

Quase todas as formas de argumentação jurídica incluem enunciados empíricos, incluindo enunciados sobre fatos singulares, sobre ações concretas, sobre motivos, acontecimentos ou estados de coisas e enunciados sobre regularidades das ciências sociais ou naturais. A regra de

transição do discurso prático geral segundo a qual é sempre possível passar para um discurso teórico (empírico) também se aplica ao discurso jurídico (ALEXY, 2013, p. 231). A esse respeito, afirma Cláudia Toledo:

As regras da argumentação empírica verificam a correção do que deve ser considerado como fato na fundamentação jurídica, a partir do enunciado empírico. Na teoria da argumentação jurídica, assim como na do discurso prático geral, a importância do conhecimento empírico é destacada pela regra de transição, segundo a qual, todo falante pode passar para um discurso sobre a empiria a qualquer momento do discurso prático. Inobstante, como a certeza sobre os fatos que compõem a argumentação empírica dificilmente é obtida de modo absoluto, faz-se sempre presente a regra da presunção racional. (TOLEDO, 2005, p. 56)

Percebe-se daí a relevância da argumentação empírica no contexto do discurso jurídico. Contudo, como ressaltado por Alexy (2013, p. 231), não se pode reduzir o discurso jurídico ao discurso empírico. Portanto, também são imprescindíveis outros tipos de argumentos.

As regras de interpretação correspondem aos cânones de interpretação, que são agrupados por Alexy em seis tipos: (i) a interpretação semântica; (ii) a genética; (iii) a histórica; (iv) comparativa; (v) a sistemática; e (vi) a teleológica. A compreensão dos cânones de interpretação não é difícil e está relativamente consolidada na teoria jurídica. Para os fins deste estudo, não se fazem necessários maiores esclarecimentos acerca deles, salvo uma breve exposição sobre o argumento teleológico. Excluindo os argumentos teleológicos em que se alude à vontade do legislador, restam os argumentos denominados teleológico-objetivos, que são aqueles que não se referem a fins de pessoas, mas a fins racionais ou prescritos objetivamente pelo ordenamento jurídico positivo. Esses fins, de acordo com a teoria proposta por Alexy (2013, p. 238), são aqueles que seriam estabelecidos por quem deve tomar decisões considerando-se o ordenamento jurídico vigente com base na argumentação racional. Alexy (2013, p. 238-239) explica que “os fins de que se trata na interpretação teleológica não são por isso fins que se determinam empiricamente, mas fins caracterizados normativamente”. Isso deve ser compreendido como um estado de coisas prescrito ou um fato prescrito. Assim, justifica-se uma dada interpretação por sua capacidade para alcançar um determinado estado de coisas ou um fato. Isso pressupõe a validade de duas premissas completamente distintas: (i) um enunciado normativo (um estado de coisas prescrito); e (ii) um enunciado empírico, ou seja, a afirmação de que uma determinada interpretação conduziria a esse estado de coisas prescrito. Por isso, o argumento teleológico remete a argumentações empíricas (ALEXY, 2013, p. 239). Não é raro que haja concordância quanto ao enunciado normativo, o que

significa que nesses casos a decisão dependeria apenas de enunciados empíricos. Isso demonstra mais uma vez a relevância dos argumentos empíricos no contexto do discurso jurídico concebido por Alexy.

Em relação ao papel dos cânones de interpretação no discurso jurídico, Alexy descreve mais quatro regras do discurso jurídico: (i) *deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones de interpretação*<sup>39</sup>; (ii) *os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador prevalecem sobre os outros argumentos, a menos que sejam apresentados motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos*; (iii) *a determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo as regras de ponderação*; e (iv) *devem ser considerados todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones de interpretação*.

Para Alexy (2013, p. 252), a dogmática do Direito consiste numa série de enunciados que se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se identificam com a sua descrição, e que estão entre si numa relação de coerência mútua, formam-se e discutem-se dentro de uma ciência do direito que funciona institucionalmente e têm conteúdo normativo. Alexy explica ainda que os enunciados dogmáticos não podem derivar logicamente nem apenas das textos legais nem somente de enunciados empíricos, embora ambos sejam úteis para a fundamentação dos enunciados dogmáticos. Os enunciados dogmáticos podem ser fundamentados mediante outros enunciados dogmáticos, mas, em algum momento, são necessários argumentos de outra espécie, pois do contrário a discussão não teria fim. Segundo Alexy (2013, p. 257), como os enunciados dogmáticos têm conteúdo normativo, esses outros enunciados só poderiam ser enunciados práticos de tipo geral. Para o professor alemão, o que especifica os enunciados dogmáticos é o fato de poderem ser submetidos à comprovação sistemática, em sentido estrito e em sentido amplo<sup>40</sup>. Disso conclui que a argumentação

---

<sup>39</sup> Alexy (2013, p. 242) explica que um argumento de uma forma só é considerado completo se contém todas as premissas pertencentes a essa forma, o que se chama de requisito de saturação.

<sup>40</sup> Para Alexy (2013, p. 257), a comprovação sistemática em sentido estrito se refere às relações lógicas entre o enunciado a ser comprovado e o restante dos enunciados dogmáticos, assim como às normas jurídicas vigentes; ao passo que a comprovação sistemática em sentido amplo se refere à relação, valorada segundo pontos de vista práticos de tipo geral, entre os enunciados normativos a serem fundamentados mediante enunciados dogmáticos a serem comprovados, e os enunciados normativos singulares que devem ser justificados pelos enunciados dogmáticos restantes ou pelas normas jurídicas. O critério mais importante da comprovação sistemática stricto sensu consistiria em constatar se o enunciado dogmático em questão se ajusta sem contradições à série de enunciados dogmáticos já aceitos, bem como às normas jurídicas vigentes, embora isso não exclua a possibilidade de, em caso de contradição, serem abandonados os enunciados já aceitos. Já na comprovação sistemática em sentido amplo, busca-se determinar se, mediante o enunciado dogmático em questão, podem ser justificados juízos a serem fundamentados ou enunciados normativos singulares em face de enunciados normativos singulares fundamentados por outros enunciados dogmáticos e normas jurídicas, de acordo com as regras do discurso prático geral. Com isso, embora a princípio os participantes de um discurso possam estar inclinados a



dogmática não pode ser reduzida à argumentação prática geral, mas esta constitui a base daquela (ALEXY, 2013, p. 259). Essa dependência da dogmática em relação à argumentação prática geral evidencia que os enunciados dogmáticos não são irrefutáveis. Podem assim ser concebidos como hipóteses e por isso o conteúdo de verdade dos dogmas jurídicos teria um caráter provisório (ALEXY, 2013, p. 260). Disso tudo podem ser extraídas mais duas regras de argumentação jurídica: (i) *todo enunciado dogmático, se for posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego de pelo menos um argumento prático de tipo geral*; e (ii) *todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo* (ALEXY, 2013, p. 260).

Robert Alexy (2013, p. 261-265) identifica seis funções para a dogmática: (i) a estabilização; (ii) o progresso; (iii) a descarga; (iv) a técnica; (v) o controle de consistência; e (vi) a heurística. A função de estabilização consistiria na fixação e reprodução de determinadas soluções para questões práticas, evitando resultados diferentes e concretizando o princípio da universalidade. Isso não significa, contudo, que os enunciados dogmáticos devam ser mantidos por tempo ilimitado, mas apenas que não podem ser descartados sem justificativa. A característica de institucionalização da dogmática permite oferecer comprovações e diferenciar enunciados dogmáticos numa medida consideravelmente maior do que seria possível em discussões desenvolvidas de forma pontual. Nisso consiste a função de progresso da dogmática. A função de descarga decorre da possibilidade de adotar, nas fundamentações dogmáticas, enunciados já aceitos e comprovados, ao menos provisoriamente, sem necessidade de nova comprovação. Trata-se de uma função relevante em razão da impossibilidade de rediscutir tudo em cada processo discursivo. A função técnica deriva da capacidade da dogmática de permitir uma apresentação simplificada e sistematicamente unificada do sistema jurídico, aumentando a capacidade de transmissão dos conhecimentos jurídicos. A função de controle de consistência se dá mediante a necessidade de comprovação sistemática dos enunciados dogmáticos, o que permite decidir casos de maneira não isolada, relacionando-os com outros casos. Aumenta-se com isso a eficácia do princípio da universalidade. Por fim, a dogmática provê uma série de modelos de solução, distinções e pontos de vista que não seriam atingidos caso fosse necessário começar sempre do zero. Assim, o sistema dogmático consiste num *ponto de partida* útil para desenvolver novas observações e relações e nisso consiste a sua função heurística.

---

aceitar a norma N1 em detrimento da norma N2, em restando demonstrado que N1 não seria compatível com uma terceira norma singular N3, que não se pretende descartar, é possível que os participantes do discurso acabem optando pela norma N2 e não por N1.

Portanto, Alexy sugere uma visão instrumental da dogmática, uma vez que por meio dela seria possível chegar a resultados que não seriam atingidos apenas com o discurso prático geral. Esses resultados são desejáveis na medida em que contribuem para a concretização da justiça, haja vista que dão concretude ao princípio da universalidade. É nesse sentido que Alexy considera que a dogmática é racional. Mas adverte que esse caráter de racionalidade deixa de existir quando a dogmática é utilizada para encobrir os verdadeiros motivos da decisão (ALEXY, 2013, p. 266). O uso racional da argumentação dogmática ocorre quando, em casos duvidosos, os enunciados dogmáticos aplicados são devidamente fundamentados. Nessa fundamentação há, frequentemente, uma relação direta entre a argumentação dogmática e a argumentação prática geral<sup>41</sup>. Com isso, Alexy (2013, p. 267) conclui que o uso de argumentos dogmáticos não só não é incompatível com a argumentação prática geral, como é um tipo de argumentação exigido pela teoria do discurso no contexto especial do discurso jurídico. Extrai-se daí a seguinte regra de argumentação jurídica: *sempre que possível, os enunciados dogmáticos devem ser usados*.

Alexy discute o uso dos precedentes com foco no papel de sua observância para a teoria do discurso jurídico e na relação entre os argumentos baseados em precedentes e outros argumentos possíveis nos discursos jurídicos. Para Alexy, a observância dos precedentes é uma exigência que decorre do princípio da universalidade e, por isso, da própria concepção de justiça. Contudo, se a mudança de orientação fosse impossível seria incompatível com a pretensão de correção que toda decisão contém. Com isso Alexy (2013, p. 268) conclui que, em princípio, deve ser exigido respeito aos precedentes, mas é admitida a mudança de orientação desde que sejam apresentados argumentos suficientes. De acordo com Alexy, o uso de precedentes com base nessa regra de carga de argumentação cumpre funções importantes que correspondem parcialmente às funções da dogmática jurídica. Em resumo, seria preciso encontrar o ponto ótimo entre a observância dos precedentes e a liberdade que o julgador deve ter para superá-los. A observância dos precedentes contribui para a concretização do princípio da universalidade e da segurança jurídica, mas há outros objetivos que também devem ser perseguidos e que podem exigir a superação dos precedentes, a fim de que seja atendida a pretensão de correção. Daí são extraídas outras duas regras relativas à argumentação jurídica: (i) *quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo*; e (ii) *quem pretender afastar a aplicação de um precedente, assume o ônus argumentativo*.

---

<sup>41</sup> Na fundamentação dos enunciados dogmáticos é possível que sejam empregados outros enunciados dogmáticos, mas em última instância pode ser necessário utilizar argumentos práticos de tipo geral (ALEXY, 2013, p. 266).

Por formas de argumentos jurídicos especiais, Alexy refere-se à analogia, ao argumento *a contrario*, ao argumento *a fortiori* e ao argumento *ad absurdum* e indica a estrutura de cada uma dessas formas de argumentação e seus fundamentos. De acordo com Alexy (2013, p. 275-276), na medida em que essas formas podem ser reduzidas a regras e formas do discurso prático geral, seu uso pode ser considerado racional. No entanto, assim como no caso dos cânones de interpretação, o uso das formas especiais de argumentos jurídicos só é racional na medida em que sejam saturadas e se os enunciados utilizados para a saturação puderem ser fundamentados no discurso jurídico. Constrói com isso mais uma regra da argumentação jurídica: *as formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas*.

Para os fins do presente trabalho, é relevante apenas fazer alusão ao argumento de redução ao absurdo. Segundo Alexy (2013, p. 275), essa forma de argumento se dá quando, por exemplo, se fundamenta que uma determinada interpretação para uma norma é inadmissível porque levaria a um resultado inaceitável, porque conduziria a um estado de coisas tido como proibido ou, pelo menos, um estado de coisas pior em relação a outra alternativa. Assim, é preciso mostrar não apenas que esse estado de coisas é proibido ou indesejável em face das alternativas disponíveis como também que seria esse o resultado da aplicação de uma determinada regra. Por conseguinte, é uma forma de argumento que leva em consideração as consequências resultantes das normas. Mais uma vez, fica clara a relevância dos argumentos empíricos para o discurso jurídico.

### **2.3 Considerações finais**

O paradigma positivista, que concebia a aplicação do Direito como uma operação praticamente mecânica baseada num silogismo de caráter pretensamente teórico, afigura-se insuficiente para fazer face às exigências de fundamentação no contexto do moderno Estado constitucional. Nos “casos difíceis”, em que não é possível chegar a uma única decisão “correta” mediante uma operação simples de subsunção dos fatos a uma norma jurídica (regra), é necessária a adoção de um modelo de argumentação mais sofisticado. O percurso necessário para a determinação, no caso concreto, de direitos definitivos a partir de normas jurídicas aplicáveis *prima facie* se dá mediante um procedimento discursivo, o qual deve seguir as regras da argumentação jurídica para que possa ser considerado racional (TOLEDO, 2005, p. 63). Desse modo, embora não seja possível chegar a uma única resposta correta em todos os casos, é possível qualificar a decisão como “correta” no sentido de que foi obtida mediante um discurso racional pela força dos melhores argumentos. Porém, como adverte Toledo (2005, p. 51), não é necessário que, para ser racional, sejam

integralmente cumpridas todas as regras do discurso. Isso porque essas regras se referem a uma situação ideal de fala que não pode ser atingida no mundo real. Assim, é bastante que sejam cumpridas de forma aproximada, na medida do possível, de modo que tanto maior seja o grau de cumprimento das regras do discurso, mais racional ou correta será a decisão.

Portanto, é no campo do discurso jurídico que são apresentadas e justificadas as premissas capazes de definir o peso relativo dos princípios jurídicos envolvidos na atividade de ponderação. A afirmação de que os princípios aumentam o grau de discricionariedade dos juízes só se justificaria se a sua aplicação implicasse necessariamente o uso de concepções pessoais e subjetivas em vez de um procedimento objetivo (KLATT, 2007, p. 512). Mas Alexy demonstrou que o procedimento de ponderação de princípios pode constituir-se num método objetivo e racional, desde que sejam seguidas as regras que conduzem a um discurso jurídico racional. Nesse sentido, a teoria da argumentação jurídica provê um conjunto de regras e formas de argumentação cuja observância (na maior medida possível) é capaz de qualificar o resultado como “correto”, pelo menos sob o ponto de vista discursivo. Porém, as regras e formas de argumentação não são capazes de definir o conteúdo dos argumentos que devem ser apresentados pelos participantes no discurso em cada caso.

Não se nega a existência de um espaço de discricionariedade que permite aos juízes fazerem escolhas com base em juízos de valor, mas a observância das regras discursivas permite deixar claro em que pontos ocorreram essas escolhas, o que é importante para viabilizar críticas mais bem fundamentadas em relação às decisões judiciais. Como afirma Cláudia Toledo (2005, p. 63-64), formalmente a controlabilidade das decisões jurídicas ocorre mediante o exame do procedimento racional de justificação realizado.

Como visto, a argumentação empírica mostra-se de fundamental importância no contexto da teoria da argumentação jurídica de Alexy, haja vista, sobretudo, a possibilidade de se recorrer, a qualquer momento do discurso jurídico, a um discurso teórico. A argumentação empírica é relevante não apenas para a demonstração da presença dos elementos fáticos que constituem as hipóteses de incidência das normas aplicadas ao discurso, mas também para a afirmação das consequências das proposições normativas que constituem o objeto da fundamentação. Essa análise consequencialista se mostra especialmente importante quando o discurso envolve a aplicação de princípios, exatamente porque são normas que estabelecem estados de coisas a serem preservados ou fomentados. Por conseguinte, as decisões que envolvam a aplicação do postulado da

proporcionalidade certamente podem e devem valer-se de enunciados derivados da argumentação empírica. O exame de proporcionalidade consiste precisamente num juízo comparativo entre meios e fins. Para tanto, é preciso identificar os efeitos concretos de medidas restritivas de princípios constitucionais e de eventuais medidas alternativas, uma vez que os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito dependem em boa medida dessa informação.

Portanto, os argumentos empíricos revelam-se fundamentais para aprimorar a qualidade da argumentação jurídica, especialmente quando está em jogo a aplicação de princípios. Os instrumentos próprios da ciência econômica poderiam então ser integrados ao discurso jurídico na medida em que sejam capazes de revelar os prováveis efeitos práticos de determinadas normas jurídicas. Assim, é na abertura do discurso jurídico à análise consequencialista, baseada na argumentação empírica, que podem se encaixar as informações extraídas da Análise Econômica do Direito.

### 3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

#### 3.1 O avanço do Direito rumo à interdisciplinaridade

A aplicação de conhecimentos da ciência econômica no campo jurídico não é uma ideia nova. Em determinadas áreas, como o direito antitruste, isso ocorre há pelo menos um século. Contudo, o movimento que se denominou *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito é bem mais recente, havendo se iniciado na década de 1960 nos Estados Unidos. Esse fenômeno se deve em grande medida à concepção de que o Direito não se desenvolve de modo fechado e independente. Atualmente, pelo menos no âmbito acadêmico norte-americano, predomina a visão de que o Direito é um fenômeno multidimensional – histórico, filosófico, psicológico, social, político, econômico e religioso – em suas inspirações e consequências (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 4). Segundo Brian Bix (2003, p. 975), “o consenso nos círculos acadêmicos é que o raciocínio jurídico não pode ser adequado sem alguma suplementação, e que, em todo caso, o Direito tem muito a aprender com outras disciplinas, e de fato tem obtido sucesso, ao menos em parte, em adaptar e adotar outras formas de conhecimento<sup>42</sup>”.

Mas nem sempre foi assim. Não faz muito tempo, predominava o entendimento de que o Direito deveria ser concebido como uma disciplina autônoma, fechada em si mesma, e que tinha muito pouco a ganhar com a absorção de conhecimentos provenientes de outras áreas. Tradicionalmente, havia uma considerável identificação entre o ensino do Direito e a prática jurídica profissional, realidade que só recentemente vem se modificando (VICK, 2004, p. 176). Essa simbiose entre o ambiente acadêmico e a prática profissional resultou na predominância da pesquisa doutrinária em detrimento de outras formas de investigação (VICK, 2004, 177-178). Douglas Vick explica que:

*Doctrinal research treats the law and legal systems as distinctive social institutions and is characterized by a fairly unique method of reasoning and analysis. In its purest form, ‘black-letter’ research aims to understand the law from no more than a thorough examination of a finite and relatively fixed universe of authoritative texts consisting of cases, statutes, and other primary sources, the relative importance of which depends on the legal tradition and system within which the legal researcher operates. By applying a distinctive mode of analysis to these*

---

<sup>42</sup> “The consensus in scholarly circles is that legal reasoning cannot be adequate without supplement, and that, in any event, law has much to learn from others disciplines, and has in fact been successful, at least in part, in adapting and adopting other forms of knowledge” (BIX, 2003, p. 975).

*authoritative texts, not only can the principles and rules of a legal system be discovered, but the texts themselves can be scrutinized to determine 'the extent to which they comply with the internal conventions of legal decision-making'. The law, in essence, is treated as a sealed system which can be studied through methods unique to the 'science of the law', and legal developments can be interpreted, critiqued, and validated by reference to the internal logic of this sealed system. Into the twentieth century, legal research was understood as an exercise in categorization and systemization, a 'painstaking arrangement of principles with a view to demonstrating the scientific underpinnings of legal doctrine'. (VICK, 2004, p. 178-179)*

Segundo Richard Posner (1987, p. 762), a ideia de que o Direito seria uma disciplina autônoma, ou seja, um assunto confiado exclusivamente a pessoas com formação jurídica e ninguém mais, era originalmente uma ideia política. O professor da Universidade de Chicago explica que o Direito foi concebido como uma disciplina autônoma a fim de evitar a interferência real sobre as decisões dos juízes (ingleses) e para garantir uma espécie de “reserva de mercado” aos advogados para representarem terceiros em questões jurídicas (POSNER, 1987, p. 762). Pode-se dizer que essa visão formalista do Direito, bastante associada ao positivismo jurídico, ainda é predominante no Brasil, tanto no âmbito acadêmico quanto na práxis jurídica. Porém, seguindo o desenvolvimento observado noutras partes do globo, essa realidade começa a mudar também no Brasil.

O juspositivismo emergiu no contexto da aceleração do desenvolvimento das ciências naturais no Século XIX, procurando aplicar seus métodos às ciências sociais em contraposição à metafísica da escola do direito natural, então predominante. Para os positivistas, os defensores do direito natural confundiam normas legais e normas morais, o que se refletia nas conclusões de que: (i) o direito seria o comando da soberania e nada mais ou deveria suas origens a uma norma fundamental; (ii) o direito existiria apenas quando fosse capaz de ser imposto; e (iii) a ética, a política, a moral e os costumes estariam fora dos domínios do Direito (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 9). Brian Bix (2003, p. 985) explica que a teoria jurídica de Hans Kelsen descreveu o Direito como uma disciplina autônoma no sentido de que considerava o Direito como uma forma de cognição ou conhecimento que poderia e deveria ser estudado separadamente de outras formas de investigação, como a sociologia e a ética. Portanto, o positivismo pressupunha o caráter autônomo do Direito, que era dissociado de todas as demais ciências sociais.

Paralelamente ao juspositivismo predominante na Europa na segunda metade do Século XIX, surgiu nos Estados Unidos outra corrente de pensamento jurídico que procurava

mimetizar a metodologia própria das ciências naturais: o doutrinalismo (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 9). O precursor do doutrinalismo foi Christopher Langdell, que desenvolveu um método de estudo de casos por ele considerado necessário para que o Direito pudesse ser ensinado como uma ciência (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 10). Como afirma Posner (1987, p. 762), a autonomia do Direito ganhou contornos mais acadêmicos nos Estados Unidos com os estudos de Langdell. Segundo Mercurio e Medema (2006, p. 10), Langdell via o Direito como um conjunto de princípios e doutrinas que permeavam os precedentes jurídicos e que poderiam ser revelados por meio do estudo da história dos casos. Assim, seria possível chegar a decisões em casos novos mediante um raciocínio silogístico baseado em normas extraídas da análise dos precedentes jurisprudenciais. Nessa perspectiva, o Direito era auto referencial, consistindo num conjunto de doutrinas jurídicas e regras e procedimentos objetivamente inferíveis e logicamente aplicados (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 11). Portanto, trata-se de um método bastante próximo ao positivismo jurídico, mas adaptado ao raciocínio jurídico com base em precedentes, típico dos países que adotam o *common law*.

Richard Posner critica a doutrina de Langdell por não considerá-la científica, pelo menos na moderna acepção de ciência:

*He [Langdell] said that principles of law could be inferred from judicial opinions, so that the relevant training for students of the law was in Reading and comparing opinions and the relevant knowledge was the knowledge of what these opinions contained. He thought that this procedure was scientific, but it was not, not in the modern sense at any rate. It was a form of Platonism; just as Plato had regarded particular chairs as manifestations of or approximations to the concept of a chair, Langdell regarded particular decisions on contract law as manifestations of or approximations to the legal concept of contract. (POSNER, 1987, p. 762)*

A concepção do Direito como uma disciplina autônoma ou mesmo insulada das demais deriva de alegações diversas, mas que estão relacionadas entre si: (i) que o raciocínio jurídico seria diferente de outras formas de raciocínio; (ii) que o processo decisório jurídico seria diferente de outros processos decisórios; (iii) que o raciocínio jurídico e o processo decisório próprio do Direito seriam autossuficientes, de modo que não haveria necessidade de abordagens alternativas; e (iv) que o conhecimento jurídico deveria concentrar-se apenas em tópicos estritamente jurídicos (BIX, 2003, p. 975). Aqueles que defendem a substancial autonomia do Direito em relação a outras ciências sociais enxergam que o raciocínio e o processo decisório aplicados no âmbito jurídico são manifestamente diferentes de outras formas de raciocínio ou de processos decisórios, como os da razão prática, da teoria moral ou da política (BIX, 2003, p. 977). Mas essa visão do Direito como



uma disciplina totalmente autônoma, ou seja, fechada em si mesma, predominante no Século XIX e no começo do Século XX, cedeu lugar a uma forte tendência em sentido contrário, rumo à interdisciplinaridade (BIX, 2003, p. 975).

Ainda no Século XIX, tanto o doutrinalismo como o direito natural foram objeto de crítica pela corrente denominada “direito sociológico” (*sociological jurisprudence*), segundo a qual o Direito não poderia ser compreendido apartado das condições sociais e que por isso os conhecimentos de outras ciências sociais deveriam ser integrados ao Direito (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 12). De acordo com Roscoe Pound, considerado o líder dessa corrente, o Direito precisaria ser desenvolvido de acordo com as necessidades sociais, o que significa confiar nas ciências sociais para estudar o lugar da lei na sociedade (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 12). A visão de que o estudo do Direito consistiria simplesmente na análise de textos jurídicos também foi criticada por Oliver Holmes, para quem o Direito deveria ser compreendido como uma ferramenta para atingir fins sociais e que, por isso, a sua compreensão exigiria o conhecimento das condições sociais (POSNER, 1987, p. 762). Assim, segundo os adeptos do direito sociológico, os juízes precisam estar atentos à realidade social. Isso significa admitir a influência de dados externos às normas jurídicas como fator a ser considerado para se chegar a uma decisão judicial adequada. Nesta abordagem, o Direito não é mais visto como uma disciplina autônoma, independente das demais. Essa concepção mais pragmática do Direito e sintonizada com a realidade social abriu caminho para uma corrente de pensamento que representava uma reação ainda mais pronunciada contra o doutrinalismo: o realismo jurídico (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 14).

O movimento do realismo jurídico abalou as bases do formalismo então reinante, cujas bases teóricas foram construídas pelo juspositivismo e pelo doutrinalismo e que deram sustentação a um método de raciocínio jurídico fundado na lógica cartesiana. O que se chamava de formalismo, uma abordagem extrema que dependia em grande medida da concepção de autonomia metodológica do Direito, consistia na crença de que o raciocínio jurídico era uma forma de dedução lógica de princípios fundamentais ou de conceitos jurídicos gerais (BIX, 2003, p. 978-979). O realismo jurídico rejeitava essa ideia de que o Direito poderia ser concebido como uma ciência no sentido de que as regras e princípio jurídicos poderiam ser “cientificamente” descobertos mediante a análise criteriosa de textos, simplesmente (VICK, 2004, p. 182). Os adeptos do realismo jurídico, seguindo os passos do direito sociológico, consideravam que o Direito estava em constante conexão com as realidades sociais. Defendiam que o Direito deveria ser compreendido como uma instrumento de política social

e que a doutrina jurídica só teria sentido se tivesse algum efeito benéfico concreto sobre a sociedade (VICK, 2004, p. 182). Rejeitavam assim a ideia de que existiriam direitos objetivamente determinados, bem como o uso de regras legais rígidas, categorias e classificações jurídicas, apelos às tradições, tratados clássicos e a lógica do raciocínio com base em precedentes (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 15). Na visão dos realistas, o problema do raciocínio formalista era que ele poderia resultar em doutrinas e regras jurídicas que eram excessivamente autônomas, abstratas demais em relação à realidade social (BIX, 2003, p. 979).

As decisões judiciais eram vistas, pelos realistas, como informadas por emoções, intuições, preconceitos e outros fatores irracionais. Segundo eles, o método de raciocínio exposto pelos juízes em suas decisões, apesar de aparentemente dar suporte à autonomia do Direito, na verdade camuflava concepções provenientes de fora do Direito (BIX, 2003, p. 979). Também sustentavam que o raciocínio jurídico nunca poderia ser totalmente autônomo, dada a natural indeterminação no sentido ou na aplicação das palavras ou regras (BIX, 2003, p. 979). As decisões eram consideradas como resultados de escolhas, determinadas mais por aspectos subjetivos do que por um desdobramento lógico de normas jurídicas abstratas. Na abordagem do realismo jurídico, o juiz, muito mais do que a lógica da lei, é considerado o fator predominante para a resolução de casos jurídicos (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 15). Desse ângulo, o Direito não é visto como um conjunto de normas abstratas, mas como o que os juízes efetivamente fazem. Assim, uma vez que, para os realistas, as decisões se baseiam nas concepções dos juízes sobre o certo e o errado, as considerações sociais, políticas e econômicas se tornam variáveis importantes (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 15).

Os realistas defendiam que o raciocínio estritamente jurídico era insuficiente, demandando complementação por outras ciências sociais (BIX, 2003, p. 979). Por considerarem que o Direito não pode ser uma disciplina fechada em si mesma, os realistas concluem que não deve tentar sê-lo e que por isso deve estar mais claramente sintonizado com os fins sociais a que serve. Trata-se de uma visão eminentemente instrumental do Direito, que é concebido como uma ferramenta de trabalho. Isso exige que o jurista tenha uma boa compreensão da relação entre o Direito e a sociedade e, portanto, das consequências econômicas, sociais e políticas que resultam das decisões. Para isso, é necessário o estudo de outras ciências sociais. É o que afirmam Mercurio e Medema:

*Along with the idea that law cannot be a logical, self-contained discipline came the prescription that it should cease all pretensions of being so, and that law should become more overtly attuned to the social ends that it necessarily serves. The Realists held a strong instrumentalist conception of law; for them, law was, and had to be seen as, a “working tool” (...). This demanded and understanding of the relationship between law and society and of the way that results – economic, political and social – followed upon legal decisions. Every legal decision was understood to have social, ethical, political, and economic implications, and the Realists maintained that these should be recognized and explicitly dealt with by judges, not hidden behind a veil of logical reasoning. The corollary was that to understand these implications better, it is necessary to explore the interrelations among law and the other social sciences, including sociology, psychology, political science, and economics. (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 16)*

Para a escola do realismo jurídico, o Direito é um produto humano destinado a atender necessidades sociais e sujeito a críticas e a reformas quando não serve bem a essa finalidade (BIX, 2003, p. 979). De acordo com Vick (2004, p. 183), é certo que considerações sobre os efeitos sociais, valores e o interesse público não eram totalmente ignoradas antes da ascensão do movimento realista. Porém, os realistas minaram a noção de que o Direito poderia ser concebido de alguma forma separadamente de outros fenômenos sociais. Isso porque, se as normas jurídicas são encaradas como instrumento para a implementação de políticas públicas, os seus efeitos sociais concretos e os valores e interesses que lhes são subjacentes tornam-se objeto de interesse dos juristas (VICK, 2004, p. 183).

Ocorre que o estudo das doutrinas jurídicas exclusivamente não é capaz de revelar os impactos efetivos das normas jurídicas ou das instituições legais sobre a sociedade, muito menos definir os valores ou interesses aos quais o Direito, como instrumento de política social, deveria servir. Eram necessárias informações provenientes de outras fontes, externas ao que convencionalmente era considerado o território próprio do Direito. Para os realistas jurídicos, o lugar óbvio para procurar essas informações eram as ciências sociais (VICK, 2004, p. 183). No que interessa ao presente estudo, importa destacar que os adeptos do realismo jurídico interessaram-se pela aplicação da ciência econômica para compreender o guiar o desenvolvimento do Direito (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 16). De acordo com MERCURO e MEDEMA (2006, p. 17), dada a importância que os realistas atribuem às inter-relações entre o direito e economia, não é surpreendente que considerem a análise econômica uma ferramenta útil para entender o Direito e as reformas legais e para conceber normas jurídicas que sejam capazes de melhorar as condições sociais.

Embora tenha resultado em consequências perenes e deixado lições que seriam posteriormente retomadas, a escola do realismo jurídico, muito em voga nas décadas de 1920 e 1930, perdeu força. Além disso, esse movimento não foi capaz de abolir o formalismo jurídico. Contudo, o movimento realista sugeriu que a interdisciplinaridade poderia render bons frutos no campo do Direito, ideia que seria retomada mais adiante. Mas o fato é que a escola realista logo entrou em declínio e juntamente com ela mingou o entusiasmo acerca da pesquisa empírica do tipo defendido pelos realistas (VICK, 2004, p. 2013). Com isso, a ideia de autonomia do Direito volta a ganhar força. Restou do realismo jurídico o reconhecimento de que o Direito deveria ser concebido como um instrumento deliberado de controle social, de modo que seria preciso conhecer em alguma medida a realidade social para estar apto a compreender o Direito, criticá-lo ou aprimorá-lo (POSNER, 1987, p. 763). Mas, para isso, considerava-se que seria suficiente o conhecimento básico que qualquer pessoa inteligente poderia obter com uma boa educação geral ou com a experiência forense, aliados ao bom senso. Nesse sentido, Richard Posner oferece um interessante relato da concepção predominante acerca do Direito entre o final da década de 1950 e o início dos anos 1960:

*With a handful of exceptions (such as Donald Turner in antitrust), the faculty believed, or at least appeared to believe, - that the only thing law students needed to study was authoritative legal texts - judicial and administrative opinions, statutes, and rules - and that the only essential preparation for a legal scholar was the knowledge of what was in those texts, and the power of logical discrimination and argumentation that came from close and critical study of them. The difference from Langdell's day - a difference that was the legacy of Holmes and the legal realists - was that law now was recognized to be a deliberate instrument of social control, so that one had to know something about society to be able to understand law, criticize it, and improve it. The "something," however, was what any intelligent person with a good general education and some common sense knew; or could pick up from the legal texts themselves (viewed as windows on social custom); or, failing these sources of insight, would acquire naturally in a few years of practicing law: a set of basic ethical and political values, some knowledge of institutions, some acquaintance with the workings of the economy. (POSNER, 1987, p. 763)*

De acordo com Posner (1987, p. 763), falando sobre a realidade norte-americana em meados da década de 1960, acreditava-se que as deficiências do sistema jurídico poderiam ser resolvidas por juristas bem treinados operando de acordo com a crença tradicional da autonomia do Direito. Segundo ele, essa fé era sustentada pela aparente inabilidade das outras disciplinas em gerar conhecimentos úteis para o Direito, salvo em algumas áreas específicas (POSNER, 1987, p. 764-765). Outra razão apontada para a concepção prevalecente de autonomia do Direito foi o consenso político existente na sociedade norte-americana entre as décadas de 1950 e 1960, uma vez que nesse

período havia relativamente pouco dissenso ideológico entre os dois principais partidos políticos americanos. Nas palavras de Posner (1987, p. 766), “*with political differences not infecting legal analysis, the law appeared to be a technical and objective discipline*”. Nesse ambiente, era natural pensar o Direito não em termos políticos, mas técnicos, como uma forma de “engenharia social” em que os juristas seriam os engenheiros (POSNER, 1987, p. 765).

Porém, esse cenário que ajudava a sustentar a ideia de autonomia metodológica do Direito começou a ruir a partir da década de 1960. A partir daí, ocorreram mudanças no sistema legal (norte-americano) e no pensamento jurídico que fizeram ruir a crença na autonomia do Direito (POSNER, 1987, p. 761).

Com o alargamento do espectro ideológico em razão da radicalização tanto para a esquerda como à direita, o consenso político deixou de existir na sociedade norte-americana. Mais do que isso, muitas áreas do Direito tornaram-se impregnadas por questões políticas, em parte devido ao crescente ativismo judicial e em parte pela expansão das atividades estatais, o que resultou numa ampliação da judicialização de questões políticas (POSNER, 1987, p. 767). Isso tornou evidente que, conforme a orientação política do jurista incumbido de decidir uma determinada questão, as soluções dadas ao mesmo problema poderiam ser diferentes e mesmo incompatíveis.

Juntamente com o fim do consenso político nos Estados Unidos, Posner (1987, p. 767) explica que no mesmo período houve um grande avanço em disciplinas que são complementares ao Direito. No caso específico da ciência econômica, além de tornar-se mais rigorosa a partir dos anos 1950, expandiu-se para além dos mercados, em direção ao comportamento não-mercadológico, e se tornou mais empírica (POSNER, 1987, p.767). Assim, a ciência econômica angariou conhecimentos mais úteis ao Direito em geral.

Como terceiro fator que contribuiu para o declínio da ideia de autonomia do Direito, Richard POSNER afirma que a confiança na habilidade dos juristas para resolverem sozinhos os grandes problemas do sistema legal entrou em colapso, em parte em razão do avanço verificado em outras disciplinas complementares e em parte diante da reavaliação dos efeitos das medidas concebidas exclusivamente por juristas (POSNER, 1987, p. 769).

Aos olhos dos críticos do doutrinalismo, os benefícios da abordagem interdisciplinar eram óbvios, uma vez que resultava no alargamento do discurso jurídico, tanto em termos de

informações adicionais como em termos de estrutura conceitual em que essas informações poderiam ser avaliadas (VICK, 2004, p. 181). A interdisciplinaridade permitiria que os problemas fossem tratados num contexto mais amplo, viabilizando a busca de soluções que partissem de diferentes pontos de vista. Sobre as vantagens da abordagem interdisciplinar, afirma Vick:

*The researcher can gain insights and a broadened perspective through exposure to how problems that commonly concern lawyers are conceptualized in other disciplines, and by testing the dominant assumptions, theories, and approaches of the legal discipline by bringing them into contact with the cultural capital of other disciplines.* (VICK, 2004, p. 182)

Nessa nova realidade, que combinava a ideia de que o Direito era permeado por questões políticas, a insuficiência dos conhecimentos jurídicos tradicionais para conceber reformas legais satisfatórias e o avanço de outras ciências sociais, como a economia e a psicologia, uma nova forma de abordagem das questões jurídicas começou a tomar corpo. Tratava-se da aplicação consciente de conhecimentos oriundos de outras ciências sociais para a resolução de problemas jurídicos tradicionais, que emergiu nas universidades de ponta norte-americanas na década de 1960 (POSNER, 1987, p. 772). Segundo Posner (1987, p. 773), os avanços alcançados em diversas áreas do conhecimento, incluindo a economia, fizeram com que a análise jurídica tradicional, que se fundamentava a crença na autonomia do Direito, parecesse ultrapassada. Há ainda outros fatores que ajudam a explicar o crescente número de estudos jurídicos interdisciplinares. De acordo com Douglas Vick (2004, p. 171), em termos pragmáticos, a interdisciplinaridade oferece uma oportunidade para a diferenciação de produtos em um ambiente acadêmico cada vez mais competitivo, uma vez que a perspectiva interdisciplinar pode ajudar o pesquisador a publicar seus trabalhos nas revistas acadêmicas mais prestigiadas. Assim, por fatores diversos, as análises interdisciplinares estavam agora na vanguarda do estudo do Direito.

Segundo Vick (2004, p. 184), é possível afirmar que a maioria dos estudos jurídicos atualmente publicados é, em certa medida, interdisciplinar, pelo menos se os limites da disciplina do Direito são definidos estritamente de modo a abranger apenas a pesquisa doutrinária sobre textos legais oficiais. Essa maior abertura do Direito à interdisciplinaridade produziu consequências estruturais importantes. Certamente, os especialistas de áreas correlatas ao Direito, como economistas, psicólogos e estatísticos passaram a ter um papel bem mais relevante nas discussões em torno da adoção de medidas que causassem impacto no ordenamento jurídico. As opiniões sobre questões jurídicas, na medida em que absorveram informações que até então eram consideradas

externas ao Direito, passaram a revelar com mais clareza as opções políticas subjacentes às normas ou doutrinas jurídicas em análise. Dessa maneira, se reconhece o ponto em que o material jurídico-doutrinário se esgota e se justifica o salto para fazer a ligação entre esse material e a conclusão (POSNER, 1987, p. 778). Os suportes formais que enfatizavam a crença na autonomia do Direito são paulatinamente substituídos por uma discussão mais sincera sobre as premissas realistas subjacentes às decisões, tornando o processo decisório judicial mais receptivo aos conhecimentos de outras ciências sociais (POSNER, 1987, p. 778).

Foi nesse ambiente de proliferação de estudos interdisciplinares que se desenvolveu o movimento denominado *Law and Economics*, que assim é descrito por Douglas Vick:

*The law and economics movement, which has enjoyed tremendous success in the United States, merged 'rational actor' models, mathematical theories, and statistical techniques with more traditional methods of legal analysis.* (VICK, 2004, p. 184)

Portanto, pode-se afirmar que a moderna abordagem da Análise Econômica do Direito evoluiu do movimento do Realismo Jurídico, que defendia que os juristas deveriam estudar o Direito como ele funciona na prática mediante o uso das ciências sociais (KITCH, 1983, p. 184).

Por outro lado, como adverte Bix (2003, p. 976), é preciso atentar para os riscos de subestimar a autonomia do Direito, deixando de dar suficiente atenção às especificidades do raciocínio jurídico. O declínio da noção de autonomia do Direito, e a sua conseqüente abertura aos estudos interdisciplinares não pode resultar no extremo oposto de considerar o Direito uma mera função de determinados aspectos ou conceitos revelados por outras ciências sociais. Não se deve perder o foco nas características peculiares do Direito, que na maioria dos sistemas jurídicos é orientado por normas gerais preestabelecidas cuja definição normalmente envolve interações entre instituições primariamente encarregadas de legislar e de aplicar essas normas gerais (BIX, 2003, p. 976). De acordo com Bix (2003, p. 977), o melhor argumento em favor da existência de um processo decisório (*decision-making*) propriamente jurídico, e que por isso seja tanto distinto de outras formas de processos decisórios não jurídicos como comum aos vários sistemas jurídicos, provavelmente seria aquele que enfatizasse os aspectos da institucionalização do processo decisório jurídico, a hierarquia entre as instâncias de decisão e o esforço de sistematização de regras.

O Direito busca servir de guia para os comportamentos humanos. Disso decorre, segundo Bix (2003, p. 977), uma pressão para que a interpretação e a aplicação dos enunciados

jurídicos favoreçam a consistência, a coerência, a estabilidade, a previsibilidade e a finalidade almejada. No que toca ao foco deste trabalho, pode-se ainda acrescentar a pretensão de eficiência. Ocorre que essas pressões, não raramente, entram em conflito com o desejo de que as decisões jurídicas sejam equânimes e justas. Essas tensões dão forma própria ao raciocínio jurídico. Ademais, como já exposto, o raciocínio inerente ao Direito caracteriza-se por ser primariamente, embora não exclusivamente, guiado por normas gerais (BIX, 2003, p. 978). Não obstante se trate de uma presunção *prima facie*, que pode ser superada se houver motivos suficientes, o peculiar *status* das normas jurídicas implica que as pessoas têm uma razão para se portar de acordo com o que determina a regra jurídica independentemente de seu conteúdo (BIX, 2003, p. 978). Isso também deve ser levado em conta nas decisões jurídicas. Além disso, o raciocínio jurídico também pode diferenciar-se de outras formas de raciocínio em relação às possibilidades de aplicação da analogia como método de decisão. São raros os métodos auto evidentes de se distinguir entre analogias convincentes e não-convincentes. Em geral essa capacidade de distinção é apreendida no curso da formação jurídica e da experiência profissional (BIX, 2003, p. 978).

Portanto, a abertura à interdisciplinaridade não resulta na conclusão extrema de que o Direito não possui qualquer peculiaridade, nenhum elemento autônomo. Mais consentânea com a realidade é a concepção de que o Direito, como as demais ciências sociais, goza de uma autonomia limitada. Essa relativa autonomia do Direito como disciplina pode ser fundamentada na compreensão de que seu processo decisório e o raciocínio e jurídico derivam do tipo de prática que o Direito é: uma prática de orientação de comportamento, onde essa orientação é dada primariamente por regras gerais, e as regras são interpretadas e aplicadas por um sistema judicial hierarquizado que atribui peso aos precedentes (BIX, 2003, p. 985-986). Por conseguinte, o Direito não pode ser refratário aos conhecimentos advindos de outras disciplinas correlatas. Mesmo que se considere que o raciocínio jurídico poderia de fato ser autônomo em relação a considerações exógenas ao ordenamento jurídico positivo, é de se questionar se essa autonomia metodológica radical seria preferível a outras abordagens em que se dê espaço a considerações provenientes de outras disciplinas, como a sociologia, a filosofia ou a economia. O Direito não só pode como deve ser influenciado por conhecimentos oriundos de outras ciências sociais, pois essa influência é decisiva para que possa cumprir adequadamente a sua função de ordenar a vida em sociedade. Porém, o Direito não é determinado inexoravelmente por resultados ou conclusões revelados por outras ciências sociais, possuindo certo grau de autonomia.



### 3.2 A ascensão do movimento da *Law and Economics*

A partir do Século XVII, houve um extraordinário progresso no desenvolvimento das ciências naturais, o que levou a tentativas de mimetização, no âmbito das ciências sociais, dos métodos próprios das ciências naturais. De acordo com Cooter, a ciência econômica logrou algum sucesso nessa empreitada ao absorver a matemática newtoniana como sua base estruturante, o que teria lhe rendido uma superioridade técnica frente a outras ciências sociais que favoreceu a sua propagação em direção às ciências sociais adjacentes (COOTER, 1982, p. 1260). Com isso, os métodos quantitativos e as teorias comportamentais da microeconomia passaram a ser empregados em áreas tão diversas como a Ciência Política, História, Demografia e Sociologia, o que foi denominado de “imperialismo econômico” (COOTER, 1982, p. 1260). O Direito não escapou a essa tendência. A ausência de raciocínio quantitativo no Direito fez com que os economistas rapidamente se encarregassem de preencher esse vazio (COOTER, 1982, p. 1261).

Ao final da década de 1950, havia uma tensão entre duas tendências no campo do Direito. De um lado, permanecia o legado do doutrinalismo, em que o estudo do direito consistia na análise e crítica de textos doutrinários, decisões e estatutos legais. Mas de outro havia a percepção de que o movimento do realismo jurídico havia fraturado duramente as bases do doutrinalismo e que assim havia um vazio a ser preenchido (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 18). A Análise Econômica do Direito foi apresentada como uma alternativa para ocupar esse espaço. Portanto, a aproximação entre Direito e Economia é tributária do declínio da concepção de que o Direito é uma disciplina autônoma, fechada em si mesma.

De acordo com Bruno Salama (2008, p. 3), a disciplina de Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito é um “corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”. Mercurio (2009, p. 62) define a *Law and Economics* “como a aplicação da teoria econômica – especialmente a microeconomia e os conceitos básicos da economia do bem-estar – para examinar a formação, estrutura, processos e o impacto econômico do Direito e das instituições legais”.

Pode-se dizer que a aplicação dos conhecimentos da ciência econômica ao Direito não é algo tão recente. De certo modo, ocorrem estudos interdisciplinares envolvendo Direito e Economia desde, pelo menos, o início do Século XX. Mas não se ia além de tentar explicar o comportamento dos participantes de mercados econômicos explícitos (POSNER, 2007, p. 23). A aplicação da ciência

econômica às questões jurídicas limitava-se então a poucas áreas do Direito que lidavam diretamente com o mercado, como é o caso do direito antitruste. Foi a partir de alguns trabalhos pioneiros na década de 1960, como os de Ronald Coase (1960) e Guido Calabresi (1961), que houve um significativo alargamento do campo de aplicação da Análise Econômica do Direito. Nas palavras de Nicholas Mercurio (2009, p. 75-76), “esses dois artigos tornaram claro tanto para economistas como juristas que as normas jurídicas e decisões judiciais em muitos campos tradicionais do Direito geram benefícios e custos, e então estavam (e deveriam estar) sujeitos a uma análise econômica rigorosa”. Em seguida, Gary Becker aplicou a teoria econômica a áreas tão diversas como discriminação racial, direito criminal, casamento e divórcio, entre outras. A partir daí, a teoria econômica passou a ser largamente aplicada a fenômenos que não envolviam mercados explícitos, o que resultou na expansão da Análise Econômica do Direito em direção às áreas mais tradicionais do Direito.

Considerando a definição de norma jurídica como uma obrigação sustentada por uma sanção estatal, uma das principais questões com que os formuladores de normas jurídicas sempre se depararam é saber como a sanção prevista na norma afetaria o comportamento dos indivíduos. Até a década de 1960, como afirmam Cooter e Ulen (2012, p. 3), essa pergunta era respondida basicamente da mesma forma que dois mil anos atrás, mediante o emprego da intuição ou de qualquer fato disponível. Mas, a partir dos trabalhos de Coase, Calabresi e Becker, a Economia passou a fornecer uma teoria científica para prever os efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento das pessoas. A esse respeito, afirma Kitch:

*A central objective of law and economics has been to analyze the interaction between a system of rules and the behavior of the individuals in order to determine the effects of the rules. This conception of the agenda of legal scholarship was at the heart of legal realism, but economics, with its developed methods for thinking about the interaction between costs, returns, and individual profit-maximizing, provided an elegant analytic framework adaptable to this inquiry. (KITCH, 1983, p. 187)*

De acordo com Shavell (2004, p. 1), a vantagem da utilização dos modelos próprios da abordagem econômica é que eles permitem responder às questões, tanto normativas como descritivas, sem ambiguidades, clarificando o entendimento da influência das normas jurídicas sobre o comportamento.

A análise econômica auxilia na resolução de disputas concretas, mas a sua maior relevância se revela para fins de elaboração de normas gerais. A análise econômica procura avaliar como as normas gerais afetam o comportamento dos indivíduos e organizações e se esse efeito é

desejável ou não (COOTER; ULEN, 2012, p. 5-6). No campo da análise econômica, o ordenamento jurídico é concebido como um sistema de custos e incentivos em cujo contexto interagem os indivíduos. Segundo Richard Posner (1987, p. 5), as premissas básicas da aplicação da teoria econômica às áreas do direito que não envolvem mercados explícitos são duas. A primeira é que as pessoas agem no sentido de maximizarem a sua satisfação, inclusive ao tomarem decisões não mercadológicas. A segunda é que as normas jurídicas impõe custos ou concedem incentivos inclusive no âmbito de atividades não mercadológicas e, desse modo, alteram a quantidade ou o caráter dessas atividades. Portanto, sob as lentes da análise econômica, as sanções são vistas como preços e com isso se presume que as pessoas responderão a elas da mesma forma como respondem aos preços. Desse modo, a ciência econômica fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas agirão diante das normas jurídicas (COOTER; ULEN, 2012, p. 3).

Como afirmam Cooter e Ulen (2012, p. 2), as implicações desse novo campo de estudos estendeu-se para além das universidades e exerceu uma importante influência sobre a prática jurídica profissional e a implementação de políticas públicas. De certa forma, a Economia modificou a natureza do saber jurídico, a compreensão das normas e instituições jurídicas e mesmo a prática jurídica. No último quarto do Século XX, explica Bruce Ackerman (1986, p. 929), os juristas tradicionais passaram a ser confrontados cada vez mais com um novo tipo de análise econômica aplicada ao Direito que desafia as questões levantadas pelos juristas e as respostas que eles consideram plausíveis. O movimento da *Law and Economics* espalhou-se inicialmente pelos Estados Unidos, mas logo ganhou adeptos em outros países. A partir dos anos 1980, passou a ganhar visibilidade nos países de tradição de *civil law*, inclusive no Brasil (SALAMA, 2008).

### **3.3 A Análise Econômica do Direito positiva e normativa**

A análise econômica do direito opera em duas dimensões distintas: a dimensão positiva e a normativa. Em seu aspecto positivo ou descritivo, a análise econômica do direito preocupa-se com os efeitos das normas jurídicas, enquanto em seu aspecto normativo procura responder se determinadas normas jurídicas são desejáveis ou não.

#### **3.3.1 A Análise Econômica do Direito positiva ou descritiva**

Em sua dimensão positiva, a análise econômica do direito “se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos” (SALAMA, 2008, p. 4). Procura entender como o sistema

jurídico opera e quais são os seus efeitos. Portanto, em seu aspecto positivo, a análise econômica se propõe a explicar as normas jurídicas e suas consequências como efetivamente são, mais do que alterá-las para torná-las melhores (POSNER, 2007, p. 25). De acordo com Mercurio e Medema (2006, p. 45), a análise econômica positiva se bifurca em dois segmentos. O primeiro procura descrever os fatores e forças que determinam o bem-estar econômico na sociedade, o que envolve a descrição das inter-relações entre a economia e o sistema jurídico. O segundo segmento envolve a aplicação da teoria econômica e as ferramentas econométricas para estimar os impactos diretos e indiretos das normas jurídicas (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 45). Esses impactos são avaliados à luz de determinados critérios econômicos, como a eficiência.

Segundo Milton Friedman (1966, p. 4), incumbe à análise econômica positiva prover um “sistema de generalizações que pode ser usado para fazer previsões corretas acerca das consequências de qualquer mudança nas circunstâncias” e sua performance deve ser medida pela precisão de tais prognósticos, conforme a realidade observada. Para projetar os efeitos esperados das normas jurídicas, a análise econômica do direito parte do pressuposto de que os indivíduos são racionais no sentido de que eles procuram maximizar a sua utilidade esperada (SHAVELL, 2004, p. 1). Assim, a Análise Econômica do Direito, em sua dimensão positiva, procura explicar os fenômenos jurídicos e seus efeitos reais mediante o uso de instrumentos analíticos da ciência econômica. Em princípio, a análise econômica positiva deve ser independente de qualquer posição ética ou julgamento normativo, uma vez que a sua função é descritiva (FRIEDMAN, 1966, p. 4). Certamente, é possível que haja divergências quanto às suas conclusões. A análise econômica positiva baseia-se em pressupostos, dados e teorias sobre os quais pode haver discordância. Mas, independentemente das discordâncias metodológicas, o objetivo é sempre o de descrever ou prever a realidade.

Uma das críticas suscitadas à análise econômica positiva é que, quando se avalia os efeitos das normas jurídicas sob as lentes da economia, cuja principal preocupação é voltada para a eficiência, de certo modo já se condiciona o resultado que se espera que seja atingido (a eficiência). Só haveria sentido em comparar as normas jurídicas pelo critério da eficiência se a eficiência fosse um objetivo que *deve* ser perseguido. Mas essa crítica é frágil, pois embora possa não ser o único objetivo ou mesmo o principal objetivo do Direito, não se pode negar que a eficiência é um dos objetivos valorizados pelas sociedades modernas, até porque é instrumental para o alcance de diversos outros objetivos normalmente associados às democracias contemporâneas, como o bem-

estar social. Ainda que o principal objetivo de determinada norma não seja a promoção da eficiência econômica, é sempre válido saber suas consequências sobre o funcionamento do sistema econômico, ou seja, saber exatamente os custos da medida que se quer implementar.

### **3.3.2 A Análise Econômica do Direito normativa ou prescritiva**

Em sua dimensão normativa, a Análise Econômica do Direito (AED) se propõe a avaliar e criticar normas e doutrinas jurídicas tomando como parâmetro um determinado objetivo, como a eficiência, a maximização da riqueza ou do bem-estar. De acordo com Shavell (2004, p. 2), a análise econômica do direito normativa parte do objetivo de aumentar o bem-estar social (*social welfare*). Com isso, uma norma jurídica é considerada superior a outra se for capaz de gerar um maior nível de bem-estar social. Portanto, envolve a formulação e do debate de políticas públicas. Trata-se então de uma teoria prescritiva baseada na teoria econômica.

Parte dos adeptos da abordagem econômica sustentam a tese de que o principal objetivo do Direito deve ser a eficiência, ou seja, a maximização da riqueza, de modo que as normas jurídicas devem ser concebidas para favorecer esse objetivo. Nessa perspectiva, a questão fundamental no âmbito da análise econômica normativa consistiria em definir se uma norma é mais ou menos desejável que outra com base o critério da eficiência. Busca-se então definir em que medida o critério da eficiência deve ser empregado para selecionar entre duas ou mais alternativas disponíveis. Quanto à definição de eficiência, apontou-se majoritariamente para o seu conceito neoclássico (COELHO, 2007, p. 8). De acordo com Mercurio e Medema (2006, p. 47-48), o uso normativo do critério da eficiência pode ocorrer por dois modos distintos. No primeiro, a eficiência consistiria em um objetivo primário do ordenamento jurídico. Nesse caso, a eficiência é, ela própria, um *fim* a ser perseguido pelo ordenamento jurídico ou até mesmo o seu objetivo primordial. Numa segunda abordagem, a eficiência é considerada um objetivo secundário na medida em que se constitui em um *meio* para que objetivos não econômicos sejam atingidos. Percebe-se com isso que a mudança do campo positivo para o normativo pode revelar-se bastante sutil, especialmente para os adeptos da abordagem econômica que têm na eficiência o critério dominante ou único para avaliar as questões jurídicas (MERCURIO; MEDEMA, 2006, p. 47).

O uso da eficiência como critério de escolha entre duas ou mais alternativas levanta diversas questões. Mercurio e Medema (2006, p. 48) apontam três delas. A primeira é que o uso da maximização da riqueza como objetivo do ordenamento jurídico implica considerar como melhor

uma situação em face de outra simplesmente porque os ganhos de alguns superam as perdas de outros, independentemente de haver qualquer compensação aos perdedores (eficiência de Kaldor-Hicks). Muitos críticos alegam que o critério da maximização da riqueza apenas consolida a distribuição de riqueza existente, favorecendo os indivíduos que já possuem mais recursos. Questiona-se ainda se a eficiência econômica deve de fato ter algum papel na definição do que é justo ou não. Em outros termos, critica-se a identificação entre eficiência e justiça. Além disso, põe-se em dúvida se a análise econômica de fato deveria se preocupar com questões normativas e não manter o foco unicamente na análise positiva.

Mas a eficiência não precisa ser necessariamente o único critério normativo a ser considerado. Segundo Shavell (2004, p. 2), a análise econômica normativa pode ser considerada condicional, uma vez que a superioridade de uma norma jurídica frente a outra dependeria do critério de bem-estar social que for utilizado. Então, esse critério seria variável. De acordo com Ivo Gico Jr. (2010, p. 20), “qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa”. Sobre esse ponto, Shavell (2004, p. 2), esclarece que:

*According to the framework of welfare economics, social welfare is assumed to be a function of individual's well-being, that is, of their utilities. An individual's utility, in turn, can depend on anything about which the individual cares: not only material wants, but also, for example, aesthetic tastes, altruistic feelings, or a desire for notions of fairness to be satisfied. Hence, social welfare can depend on any of these elements, and will depend on them to the extent that individual's utilities do. It is thus a mistake to believe that, under the economic view, social welfare reflects only narrowly “economic” factors, namely, the amounts of goods and services produced and enjoyed. (SHAVELL, 2004, p. 2)*

De acordo com a posição adotada por Shavell e Gico Jr., a Análise Econômica do Direito pode servir a fins tão variados quantos sejam os objetivos que a sociedade considere valiosos e se proponha a perseguir mediante a imposição de normas jurídicas. Incumbiria à análise econômica criticar as normas jurídicas medindo a sua capacidade de fomentar uma dada finalidade, que não precisaria ser, necessariamente, a maximização da riqueza da sociedade. Para isso, são utilizados os instrumentos da análise econômica positiva. Assim sendo, como afirma Milton Friedman (1966, p. 5), a análise econômica normativa não pode ser independente da análise positiva, uma vez que qualquer conclusão sobre políticas públicas se baseia numa previsão sobre as consequências de fazer uma coisa em detrimento de outra e tal previsão só pode estar baseada, implícita ou explicitamente, na análise econômica positiva.

Há muitas questões em aberto sobre o papel a ser desempenhado pela eficiência como critério de avaliação das normas jurídicas. Em boa medida, a hostilidade gerada pela Análise Econômica do Direito decorre da ênfase que a Escola de Chicago atribuiu à eficiência como critério dominante para a avaliação da qualidade das normas jurídicas. Ocorre que no campo do movimento da Análise Econômica do Direito há várias escolas de pensamento que não estão inteiramente de acordo em relação a muitas questões que envolvem a eficiência. Não há unanimidade sobre a medida em que deve ser usada a eficiência como valor para a definição de políticas públicas. As diferentes escolas da Análise Econômica do Direito dão respostas variadas a essas questões.

### **3.4 Premissas básicas da Análise Econômica do Direito**

O movimento da *Law and Economics* consiste basicamente na aplicação de conceitos e teorias econômicas ao Direito. Dentro do leque de teorias econômicas existentes, é a microeconomia clássica que é mais amplamente utilizada no âmbito da Análise Econômica do Direito. A microeconomia trata do processo decisório de indivíduos ou pequenos grupos. Como as pessoas ou organizações não têm recursos ilimitados, precisam fazer escolhas e a teoria microeconômica oferece uma teoria geral sobre como são tomadas essas decisões (COOTER e ULEN, 2012, p. 12). Para Cristiane Coelho (2007, p. 19-20), a Análise Econômica do Direito firmou suas bases com os conceitos da microeconomia neoclássica porque foi essa a teoria que, dentre todas, melhor se amoldou ao conceito popperiano de ciência, cujo critério básico é aptidão de falsificabilidade. E, segundo a mesma autora, foi exatamente essa proximidade entre a Análise Econômica do Direito e o conceito de ciência, proporcionada pela adoção da teoria microeconômica clássica, que fez com que essa doutrina obtivesse tanto sucesso (COELHO, 2007, p. 20). Portanto, a compreensão da análise econômica do Direito exige algum conhecimento acerca dos conceitos e pressupostos fundamentais de microeconomia.

De acordo com Ejan Mackaay (p. 408-409), a Análise Econômica do Direito baseia-se em quatro premissas principais: (i) o individualismo metodológico; (ii) a escolha racional; (iii) a estabilidade das preferências; e (iv) o equilíbrio.

#### **3.4.1 Individualismo metodológico**

Conforme afirma Mackaay (p. 408), o postulado do individualismo metodológico significa que todas as análises precisam, em última instância, basear-se no comportamento dos indivíduos.

Portanto, os fenômenos coletivos devem ser explicados como efeitos de decisões individuais, o que significa considerá-los como agregados de condutas individuais. Analisa-se, portanto, as preferências de cada indivíduo e seus efeitos no ambiente coletivo.

### 3.4.2 Escolha racional

A teoria microeconômica parte da premissa de que os indivíduos são seres que racionalmente procuram maximizar a sua satisfação. É na ideia de maximização que se baseia a teoria da escolha racional, que sustenta praticamente todas as conclusões da teoria microeconômica neoclássica. Isso pressupõe que as pessoas e organizações orientam suas escolhas de modo a alcançar o máximo de ganho com o mínimo de perda. Em outros termos, as decisões seriam tomadas com base num cálculo de custo-benefício. Em geral, isso requer que os indivíduos racionais sejam capazes de classificar as alternativas disponíveis de acordo com o que cada uma oferece de positivo e negativo, conforme suas preferências pessoais.

Com apoio na teoria microeconômica, a Análise Econômica do Direito parte da premissa fundamental de que indivíduos e organizações são maximizadores racionais de utilidades em todas as áreas, mesmo aquelas não explicitamente econômicas, ou seja, que não envolvam relações de compra e venda de bens ou serviços no mercado (POSNER, 2007, p. 4). Isso significa que as pessoas respondem a incentivos (POSNER, 2007, p. 4). É basicamente este o fundamento de todo o construto teórico elaborado no âmbito da Análise Econômica do Direito. É essa premissa que permite fazer previsões sobre como os indivíduos vão se comportar no caso de mudanças em seu ambiente (MACKAAY, p. 408). Sobre a maximização, Cooter explica que:

*Maximization is merely a simple way to quantify social behavior. Suppose that an individual or institution can rank alternative states of the world from bad to good. Real numbers can be associated with real numbers. In this way the values of the individual or institution can be quantified. The economic theory of choice is the theory of value based upon the real number system. Once value is quantified, or states are ranked, then it is natural to choose the maximum – the state with the highest rank. Economists assume that individuals and some institutions act as if they rank states and choose the best available alternative, and it does not matter in principle what they maximize, e.g., money, votes, or welfare. All that is required is the minimum level of purposefulness necessary for quantification. (COOTER, 1982, p. 1262).*

De acordo com Richard Posner (2007, p. 4-10), daí decorrem os três princípios fundamentais da ciência econômica. O primeiro consiste na relação inversa entre o preço cobrado e a quantidade demandada (a lei da demanda). O segundo é o conceito econômico de custo de



oportunidade. O conceito de custo de oportunidade é voltado para o futuro, pois custos já incorridos não devem afetar decisões de atores racionais. O terceiro princípio básico da Economia, segundo Posner, é que os recursos tendem a ser utilizados para o uso em que sejam mais valorizados, desde que permitidas trocas voluntárias, ou seja, desde que haja negociações de mercado. Por meio das trocas voluntárias, os recursos são naturalmente realocados para os usos em que são mais valorizados, utilizando-se como medida a disposição de pagar o preço mais elevado pelo recurso em disputa. Com isso se diz que o recurso foi alocado da forma mais eficiente.

### **3.4.3 Estabilidade de preferências**

Como visto, a teoria da escolha racional pressupõe que os indivíduos tomam decisões tendentes à maximização de sua satisfação, mediante um cálculo de custo-benefício. Mas o objeto da maximização depende das preferências pessoais de cada indivíduo. Certamente que as preferências das pessoas se alteram ao longo da vida. Mas se presume que essas preferências são estáveis, pelo menos no curto prazo (MACKAAY, p. 409). Do contrário, não seria possível prever as escolhas individuais com base na escolha racional. Isso porque, se a todo instante as preferências se alterassem, o comportamento dos indivíduos seria errático e imprevisível.

### **3.4.4 Equilíbrio**

A premissa do equilíbrio refere-se ao resultado das interações humanas. Trata-se de um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas. Os economistas normalmente pressupõem que as interações tendem ao equilíbrio, onde quer que ocorram (MACKAAY, p. 409). Nesse sentido, afirma Cooter (1982, p. 1262): *“no habit of thought is so deeply ingrained in economists as the urge of characterize each social phenomenon as an equilibrium in the interaction of maximizing individuals or institutions”*. Havendo alguma perturbação das condições de determinado ponto de equilíbrio, há um movimento que tende à estabilização num outro ponto de equilíbrio. Assim, na perspectiva econômica, cada fenômeno social é descrito como um equilíbrio gerado pela interação de diversos indivíduos maximizadores. O equilíbrio é considerado estável quando permanece inalterado até que forças externas intervenham (COOTER; ULEN, 2012, p. 13).

## **3.5 Eficiência**

Para os adeptos da abordagem econômica, a compreensão do Direito, que tradicionalmente se baseia em doutrinas fundamentadas em critérios metafísicos de justiça e equidade, poderia ser realçada ou mesmo superada mediante o emprego de conceitos econômicos, incluindo a eficiência (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 20). A eficiência é o conceito operacional básico da Análise Econômica do Direito, não obstante as diversas escolas de pensamento lhe atribuam ênfases distintas.

Em geral, afirma-se que um processo produtivo é eficiente se duas condições estiverem presentes: (i) que não seja possível produzir a mesma quantidade de produto usando uma combinação mais barata de recursos; e (ii) que não seja possível produzir mais produtos usando a mesma combinação de recursos (COOTER; ULEN, 2012, p. 13). O conceito de eficiência largamente utilizado no âmbito da Análise Econômica do Direito provém do pensamento econômico neoclássico, sendo decorrência lógica dos postulados do individualismo metodológico e da racionalidade maximizadora (COELHO, 2007, p. 11). Trata-se, em suma, de escolher o meio menos custoso para atingir um determinado objetivo.

Numa economia perfeitamente competitiva, os fatores de produção apropriados privadamente e escassos são alocados por meio de mecanismos de mercado a firmas que, em contrapartida, produzem bens e serviços para satisfazer à demanda. De acordo com Mercurio e Medema (2006, p. 21), ao avaliar os resultados desse processo, os economistas se preocupam principalmente com a eficiência alocativa, que ocorre: (i) na medida em que os fatores alocados resultam na combinação de produtos que melhor satisfaz as necessidades econômicas e desejos individuais na sociedade; e (ii) na medida em que a alocação desses produtos entre os indivíduos gera o maior nível de bem-estar social. Se todos os fatores de produção e todos os bens e serviços produzidos são comprados e vendidos em mercados perfeitamente competitivos, sob o ponto de vista econômico, o resultado gerado pode ser considerado eficiente, uma vez que os bens e serviços são destinados aos agentes que os valorizam mais, assim considerados aqueles que se disponham a pagar o maior preço por cada um. Essa situação é denominada Pareto eficiente. Cooter e Ulen (2012, p. 14) explicam que uma determinada situação é dita Pareto eficiente quando é impossível alterá-la para melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem que outra passe a uma situação melhor, de acordo com as preferências de cada um. Na concepção de Pareto, a eficiência é definida como o ponto de equilíbrio em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de outro. Em síntese, não há mais espaço para trocas que sejam mutuamente benéficas. Resulta daí que, nesse

ponto de equilíbrio, se atinge um ótimo social, na medida em que cada bem está nas mãos de quem o valoriza mais, uma vez que não há mais espaço para trocas voluntárias, ou seja, que beneficiem ambas as partes (COELHO, 2007, p. 12). Esse conceito se traduz no primeiro teorema da otimização da economia do bem-estar: num mercado perfeitamente funcional será atingido o ótimo de Pareto na alocação dos recursos escassos da sociedade (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 21).

Ocorre que o ótimo de Pareto depende da alocação inicial dos recursos. Portanto, cada diferente alocação inicial gera um ótimo de Pareto distinto, também denominado bem-estar social máximo. Por conseguinte, há uma quantidade infinita de possibilidades de estados Pareto eficientes, cada qual decorrente de uma determinada alocação inicial de recursos. Assim, há uma questão de justiça ou equidade precedente, relativa à distribuição inicial dos recursos escassos da sociedade sobre a qual a teoria econômica neoclássica não se manifesta, haja vista tratar-se de uma questão de distribuição, cujos componentes são essencialmente éticos (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 25). Assim, as definições de cunho distributivo estão mais associadas a decisões políticas.

Como visto, segundo o critério de Pareto, uma alteração de determinada situação só pode ser considerada eficiente se houver unanimidade entre os envolvidos. Isso porque, pelo critério de Pareto, uma troca só é eficiente quando alguém ganha e ninguém perde, já que decorre de escolhas voluntárias num ambiente perfeitamente competitivo. Trata-se assim de um critério que tende à conservação das situações existentes e inadequado para a avaliação de políticas públicas. Com propriedade, afirmam Mercurio e Medema (2006, p. 26) que, se o critério de Pareto fosse a base para a avaliação de políticas públicas, nenhuma reforma legal poderia ser efetivada. A fim de superar essa limitação, foi desenvolvida uma noção de eficiência econômica baseada no critério de Pareto denominada de eficiência de Kaldor-Hicks ou eficiência potencial de Pareto. Por esse critério, uma situação é considerada mais eficiente que outra se os ganhos globalmente considerados suplantarem as perdas. Nesse caso, em princípio, os ganhadores poderiam compensar os perdedores, mas não é necessário que isso efetivamente ocorra. Em essência, trata-se da técnica de análise de custo-benefício, que tenta levar em conta tanto os custos e benefícios privados como os sociais (COOTER; ULEN, 2012, p. 42).

### 3.6 A teoria da escolha racional

A teoria da escolha racional parte da ideia de que os indivíduos são maximizadores de utilidades. Assim, agiriam racionalmente de modo a fazer escolhas que lhes rendam os maiores benefícios e as menores perdas possíveis. Isso exige que, ao menos no agregado, os indivíduos sejam capazes de classificar suas alternativas segundo uma ordem de preferência. Com base nisso, a teoria econômica faz prognósticos sobre os comportamentos dos indivíduos em diferentes cenários. O movimento da *Law and Economics* expandiu-se a partir da década de 1960 precisamente ao aplicar a teoria da escolha racional em situações não associadas diretamente com mercados.

A força preditiva da Análise Econômica do Direito deriva em grande parte da premissa de que os indivíduos agem de modo a favorecer seus próprios interesses, sejam eles quais forem. Nessa abordagem, independentemente de sua motivação, espera-se que as pessoas ajam de maneira a maximizar benefícios e minimizar perdas. Assim, um político seria um maximizador de votos; uma igreja seria uma maximizadora de fiéis e um professor seria um maximizador de alunos e assim por diante. Costuma-se afirmar que modelos baseados na maximização funcionam porque a maioria das pessoas age racionalmente e a racionalidade requer maximização (COOTER; ULEN, 2012, p. 12). Como explica Kitch, essa premissa decorre dos predicados comportamentais da teoria dos preços:

*A Strong regularity of human social behavior is behavior which serves the interests of the actor. This premise is drawn from the behavioral predicates of price theory, where its predictions have proven powerful and useful. It can be used to analyze responses to laws because it leads to the prediction that individuals will alter their behavior to avoid costs of laws and to obtain their benefits. (KITCH, 1983, p. 188)*

É importante mencionar que a premissa do comportamento auto interessado não significa que as pessoas se portem necessariamente de forma antissocial. Sobre esse aspecto, Kitch afirma que:

*The emphasis on this premise [de que os indivíduos agem de modo a favorecer seus próprios interesses] in law-and-economics work has led to criticism of the work on the ground that it inculcates amoral habits of thought. But the premise that self-interest is a string regularity of human behavior does not logically require the hypothesis that people will behavior in antisocial ways. Rather, self-interest can explain precisely why people do conform to the moral and legal norms of the social community. The gains from trade can only exist if each individual is prepared to cooperate with others, and the moral*

*and legal norms of society can be understood as the framework which makes such trade possible. (KITCH, 1983, p. 188)*

A teoria da escolha racional recebe críticas por supostamente extrair conclusões de premissas muito irrealistas, já que, segundo seus detratores, exigiria que os indivíduos, além de terem todas as informações relevantes disponíveis, seriam capazes de processá-las de modo a extrair a melhor decisão possível. De fato, a suposição de que as pessoas se comportam racionalmente parece destoar do que se percebe na prática. Porém, como explica Posner (2007, p. 15), o conceito de racionalidade em que se assenta a ciência econômica é objetivo e não subjetivo. Assim, a racionalidade não significaria muito mais do que a disposição para a troca, de forma consciente ou inconsciente, ou seja, consistiria na habilidade para usar o raciocínio instrumental, o que não exige sequer a consciência, uma vez que muitas decisões racionais são intuitivas (POSNER, 2007, p. 15). Nesse sentido, afirma o professor da Universidade de Chicago:

*The basic assumption – that human behavior is rational – seems contradicted by the experiences and observations of everyday life. But the contradiction is lessened when one understands that the concept of rationality used by the economist is objective rather than subjective, so that it would not be a solecism to speak of a rational frog. Rationality means little more to an economist than a disposition to choose, consciously or unconsciously, an apt means to whatever ends to chooser happens to have selected, consciously or unconsciously. In other words, rationality is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life. (POSNER, 2007, p. 15).*

Então, a crítica da irrealidade das presunções da teoria microeconômica, em especial o comportamento racional, pode ser bastante atenuada quando se concebe a ideia de *racionalidade limitada*, que significa que os indivíduos tomam as melhores decisões para si, conforme os seus próprios interesses, de acordo com as informações disponíveis e suas limitações cognitivas. Nesse sentido, Posner adverte que a teoria da maximização racional não deve ser confundida com cálculo consciente e nem que haveria uma racionalidade infalível:

*Rational maximization should not be confused with conscious calculations. Economics is not a theory about consciousness. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of chooser. (...) Nor is perfect rationality assumed; rational-choice theory allows us to assume that rationality is “bounded” because of human cognitive limitations, although another way to think of those limitations is as costs of absorbing and using information. (POSNER, 2007, p. 3).*

É intuitivo que, em situações normais, os indivíduos procurem fazer escolhas que lhes tragam o maior benefício possível, de acordo com as suas preferências. É importante mencionar ainda que as

preferências são subjetivas e por isso podem variar de pessoa para pessoa. Portanto, é um aspecto exógeno. Mas, de modo geral, é possível presumir as preferências dos indivíduos e organizações em cada situação. Com base nisso, são elaboradas previsões sobre as suas escolhas em diferentes circunstâncias. Porém, mesmo considerando o conceito objetivo de racionalidade, certamente que ele não reflete toda a complexidade das situações reais. Aliás, uma das críticas usualmente lançadas contra a Análise Econômica do Direito é que ela se baseia excessivamente em abstrações<sup>43</sup>. Mas, como afirma Posner (2007, p. 16), para que uma teoria possa ser utilizada na prática, é preciso apenas que seja razoavelmente acurada:

*An economic theory of law will not capture the full complexity, richness, and confusion of the phenomena – criminal or judicial or marital or whatever – that it seeks to illuminate. But its lack of realism in the sense of descriptive completeness, far from invalidating the theory, is a precondition of theory. A theory that sought faithfully to reproduce the complexity of the empirical world in its assumptions would not be a theory – an explanation – but a description. (POSNER, 2007, p. 16)*

No mesmo sentido, Milton Friedman (1966, p. 8-9) defende que uma teoria deve ser julgada pela sua capacidade preditiva dos fenômenos que tem por objeto explicar, o que é mensurado pela frequência com que acerta suas previsões comparativamente com outras teorias concorrentes. Em suas palavras:

*Viewed as a body of substantive hypotheses, theory is to be judged by its predictive power for the class of phenomena which it is intended to “explain”. Only factual evidence can show whether it is “right” or “wrong” or, better, tentatively “accepted” as valid or “rejected”. As I shall argue at greater length below, the only relevant test of the validity of a hypothesis is comparison of its predictions with experience. The hypothesis is rejected if its predictions are contradicted (“frequently” or more often than predictions from an alternative hypothesis); it is accepted if its predictions are not contradicted; great confidence is attached to it if it has survived many opportunities for contradiction. (FRIEDMAN, 1966, p. 8-9)*

Em defesa da generalização que permeia a análise econômica do Direito, Edmund Kitch afirma o seguinte:

*The purpose of scientific analysis is to identify the systematic component of phenomena and separate that component from the random phenomena. A generalization is useful and worthwhile even if it can explain only a portion of the behavior examined. This insight is derived from social science generally and regression methodology specifically. It was a liberating insight for legal*

---

<sup>43</sup> Para Análise Jurídica de Política Econômica (AJPE), as pessoas também agiriam movidas por convicções não econômicas. Além disso, na visão da AJPE, a ideia de um mercados abstratos esconderia muitas informações importantes dos mercados empíricos. Assim, a AJPE defende que a melhor solução pode não ser a mais eficiente do ponto de vista econômico.

*scholarship, because it freed scholars from the burden of explaining every case and problem and directed their attention to the identification of general tendencies.* (KITCH, 1983, p. 187-188)

Para Friedman (1966, p. 15), a questão que realmente importa sobre os pressupostos de uma teoria não se refere propriamente à sua veracidade, já que eles nunca são inteiramente realistas, mas se são aproximações suficientemente boas para o objetivo que se pretende atingir. Portanto, a acurácia descritiva das presunções adotadas pela teoria econômica clássica não é tão relevante. O que importa é a capacidade da teoria para explicar a realidade, mesmo que não seja apta para explicar cada caso concreto, bem como a sua capacidade para fazer prognósticos que se mostrem acertados. Muitas das conclusões da ciência econômica são facilmente perceptíveis na realidade e, mais do que isso, suas previsões têm se mostrado razoavelmente precisas, especialmente nas últimas décadas (POSNER, 2007, p. 16). Ainda que alguns agentes não se comportem exatamente com prediz a teoria, no ambiente macro a realidade decorre da interação de milhares ou mesmo centenas de milhões de pessoas. Assim, uma teoria econômica pode ser capaz de explicar a realidade se for apta a captar as tendências de comportamento que, no quadro global, fazem a diferença. Diz Posner:

*The obvious fact that people do not always make rational choices (meaning what?) does not invalidate rational-choice theory. Economics is concerned with explaining and predict tendencies and aggregates rather than behavior of each individual; and in a reasonably large sample, random deviations from normal rational behavior will cancel out.* (POSNER, 2007, p. 17)

Portanto, o que importa é a capacidade da teoria da escolha racional para prever os fenômenos sociais, e que tem se provado bastante significativa.

Esses atributos da teoria econômica são importantes para a atividade judicial na medida em que tornam possível conhecer os efeitos práticos das normas jurídicas, inclusive das decisões judiciais, e prever com razoável grau de acerto os seus impactos diretos e indiretos. No contexto de uma teoria jurídica pragmática, em que as consequências práticas das escolhas normativas sobre a realidade devem ser levadas em conta, percebe-se a importância da absorção de conhecimentos derivados de outras ciências, o que inclui a Economia, para tentar captar e prever a realidade. Disso resulta que a análise econômica pode ter um importante papel no âmbito judicial caso se considere que os efeitos das normas jurídicas, tal como interpretadas e aplicadas pelos tribunais, são um fator relevante a ser considerado pelos juízes. Por outro lado, isso não significa que a teoria econômica seja infalível ou que não seja possível aperfeiçoá-la. A teoria clássica da escolha

racional é desafiada, por lados opostos, pela teoria da economia comportamental e pela teoria dos jogos.

### 3.7 A economia comportamental

A economia comportamental (*Behaviorial Economics*), com base em experimentos empíricos, sugere que as pessoas muitas vezes não se comportam como previsto pela teoria da escolha racional. A ideia central da economia comportamental é que as pessoas previsivelmente cometem erros de julgamento, cognição e de tomada de decisão. Por outro lado, de acordo com Posner (2007, p. 18), embora as perceptíveis limitações cognitivas que inibem capacidade humana para fazer escolhas racionais possam demandar ajustes na análise econômica tradicional, há duas razões para temperar o entusiasmo com a economia comportamental. A primeira é que ela desconsidera a auto seleção. Num ambiente competitivo, especialmente no âmbito de grandes corporações, as decisões que envolvem informações com as quais as pessoas normalmente têm dificuldade para lidar são deixadas a cargo de especialistas bem treinados para tratar desses assuntos. A segunda é que os juízes, legisladores e outros agentes públicos também estão sujeitos às mesmas limitações cognitivas que afetam os demais indivíduos, o que limita a aplicação da economia comportamental às políticas públicas.

Ainda assim, algumas descobertas da economia comportamental podem ser incorporadas à teoria da escolha racional, enquanto outras demonstram as limitações cognitivas dos indivíduos, reforçando a ideia de que não se pode esperar das pessoas que sempre tomem as melhores decisões.

Um dos testes interessantes da economia comportamental, denominado de *ultimatum bargaining game*, consiste em pedir a uma pessoa (primeiro jogador) que divida \$ 20, em qualquer proporção, entre ela mesma e outra pessoa qualquer (segundo jogador). A outra pessoa só tem duas opções, aceitar o que for oferecido ou recusar e, em caso de recusa, nenhum dos dois recebe nada. Pela teoria da escolha racional, se esperaria que o primeiro indivíduo atribuísse ao outro apenas uma pequena fração do dinheiro, ficando com o resto, e que o outro aceitasse qualquer quantia, pois a alternativa seria não receber nada. Mas os estudos empíricos demonstraram que, na maioria dos casos, o primeiro jogador tende a fazer uma distribuição mais justa do dinheiro, embora não exatamente igual. Mais do que isso, nos casos em que é proposta uma divisão muito desigual do dinheiro, o segundo jogador tende a preferir rejeitar a proposta e não ganhar nada do que aceitá-la e



receber alguma coisa. Mas isso não significa necessariamente uma falha na teoria da escolha racional; apenas que as pessoas fazem seus julgamentos com base em preferências pessoais que vão além da maximização dos bens materiais. Os resultados do *ultimatum bargaining game* podem ser interpretados de modo a considerar que as pessoas dão algum valor a um sentimento de justiça e aceitam abrir mão de certa soma em dinheiro para vê-lo cumprido. Nesse experimento, seria inclusive possível avaliar o preço desse sentimento de justiça no caso concreto. Bastaria verificar qual o valor abaixo do qual o segundo jogador não aceitaria receber (e por isso optaria por perder a parte que lhe caberia) a fim de que não houvesse uma divisão injusta do dinheiro em favor do primeiro jogador.

### 3.8 A teoria dos jogos

A teoria econômica tradicional geralmente presume que as pessoas fazem escolhas racionais sem considerar as reações de outras pessoas ou organizações, haja vista que o comportamento de cada agente num mercado perfeitamente competitivo é insignificante no agregado e porque os custos da ação coordenada de agentes em número suficiente para fazer alguma diferença significativa seriam proibitivos (POSNER, 2007, p. 18). Mas há casos em que as pessoas são levadas a agir estrategicamente, ou seja, considerando as reações esperadas dos demais agentes. A teoria dos jogos lida exatamente com essas situações. Portanto, pressupõe um grau de racionalidade ainda maior do que a teoria econômica tradicional, uma vez que assume que os indivíduos não apenas agem de forma completamente racional, mas ainda que todos os envolvidos também se comportam racionalmente (POSNER, 2007, p. 19).

A teoria dos jogos é ilustrada com o famoso *dilema dos prisioneiros*. Em uma situação hipotética, dois suspeitos A e B são presos pela polícia. Não existem provas suficientes para condená-los pelo crime mais grave que cometeram, cuja pena é de 10 anos de prisão, a menos que um deles confesse. Se ambos permanecerem em silêncio, só poderão ser condenados por um crime mais leve que lhes causaria apenas 6 meses de prisão. Então, é proposto o seguinte acordo aos dois suspeitos, que estão incomunicáveis: caso um deles confesse e o outro não, aquele que confessar sairia livre; se ambos confessarem, cada um pegaria 5 anos de cadeia. Portanto, se os dois colaborarem um com o outro e permanecerem calados, cada um pegará apenas 6 meses de prisão. Essa é a solução que, de modo geral, seria mais benéfica para ambos (sob o ponto de vista do ótimo de Pareto). Mas cada um deles sente-se tentado a trair o outro na expectativa de uma melhoria em sua situação pessoal, pois se um confessar e o outro não, aquele que confessar sairá livre, enquanto o cúmplice pegaria 10 anos de

prisão. Assim, aquele que permanecer calado corre o risco de ficar numa situação muito pior do que se confessasse, mesmo que o outro também confesse. Nesse caso, se ambos buscarem a opção que pessoalmente seria mais favorável e confessarem, o resultado não seria o melhor possível de acordo com o ótimo de Pareto (cada um cumpriria 5 anos de prisão). A teoria dos jogos busca lidar com situações como essa, em que a melhor escolha depende da atitude que será tomada pelos demais envolvidos. Nesse cenário, as expectativas sobre como os demais indivíduos vão agir são fundamentais para tentar prever os comportamentos individuais.

A teoria dos jogos pode ajudar a fazer prognósticos mais precisos sobre os efeitos de algumas normas jurídicas e decisões judiciais. Vejamos um exemplo. O chamado “cadastro positivo”, instituído pela Lei n. 12.414, de 2011, estabelece que as pessoas poderão autorizar que empresas tenham acesso ao seu histórico de crédito. Isso é relevante na medida em que os bons pagadores poderão disponibilizar a consulta ao seu histórico de modo a diminuir a percepção de risco quando solicitarem crédito na praça. Se o prestamista tem dados que indicam que se trata de um bom pagador, o risco diminui e, consequentemente, a taxa de juros cobrada (que embute o risco do negócio) tende a diminuir também. A abertura dessas informações aos credores, de acordo com a lei, é uma faculdade do tomador de crédito. Alguém poderia então esperar que apenas as pessoas que fossem boas pagadoras acima da média aceitariam abrir seu histórico de crédito aos credores potenciais. Mas a análise econômica, baseada na teoria dos jogos, sugere que essa facultatividade prevista na lei na verdade não teria tanta relevância. Mesmo indivíduos que não sejam tão bons pagadores tenderiam a abrir seu histórico a fim de tomar empréstimos com juros mais baixos. É intuitivo imaginar que todos os bons pagadores (acima da média) abrissem seu histórico. Mas aquelas pessoas que estiverem abaixo da média, mas não forem pagadores tão ruins assim (ou seja, que estiverem um pouco abaixo da média) também se sentiriam dispostas a abrir seu histórico (ainda que não fosse tão bom) exatamente para demonstrar que, entre aqueles que estão abaixo da média, elas estão em situação melhor que os demais. O mesmo ocorreria em relação às pessoas que estão em situação um pouco pior e assim por diante, de modo que apenas aquelas pessoas cujo histórico não revelasse qualquer informação em seu favor se negariam a disponibilizá-lo. Mas se assim for, não é preciso que essas pessoas abram seu histórico de crédito, já que os potenciais credores saberão que, se agirem dessa forma, é porque o seu histórico de crédito não revelará informações favoráveis, pois só assim não haveria nenhum ganho ao disponibilizar tais informações aos credores. Isso demonstra que, no caso do “cadastro positivo”, os candidatos a tomadores de crédito quase nunca se recusarão a abrir seu histórico de pagamentos aos potenciais credores. Assim, tomando por base a teoria dos

jogos, espera-se que a facultatividade da abertura do histórico de crédito, prevista na lei, tenha efeitos práticos quase nulos. O que realmente importa para avaliar os efeitos práticos do “cadastro positivo” é que ele resultará em uma menor assimetria de informações entre os potenciais prestamistas e também entre o prestamista e o tomador do empréstimo. Isso reduz os custos de transação da operação e torna o mercado mais competitivo e eficiente. As pessoas com bom histórico de pagamentos terão um ganho em razão da redução da taxa de juros, enquanto as pessoas cujo histórico de pagamentos não revelar informações favoráveis pagarão juros mais altos.

### **3.9 Variações no movimento da *Law and Economics***

O ponto principal da análise econômica do direito é que a maximização, o equilíbrio e a eficiência são conceitos fundamentais para a análise das normas jurídicas (COOTER, 1982, p. 1265). Mas o movimento da *Law and Economics* não é composto por uma única escola de pensamento. Há diversas versões, conforme os conceitos de maximização, o equilíbrio e a eficiência sejam utilizados para reduzir, explicar ou prever as consequências das normas jurídicas. Segundo Cooter (1982, p. 1265-1266) a versão mais forte é que as normas jurídicas podem ser reduzidas à economia mediante a substituição de conceitos legais tradicionais por conceitos econômicos. Uma versão mais fraca afirma que a economia pode explicar a lei. Ao invés de eliminá-los, a ciência econômica explicaria a coerência dos conceitos jurídicos. Nessa linha, as normas jurídicas seriam derivadas da economia. Uma versão ainda mais fraca afirma que a economia pode esclarecer a estrutura lógica da lei, mas não é capaz de capturar toda a realidade subjacente. Assim, a economia explicaria as normas jurídicas, mas não poderia fornecer uma explicação completa. A versão mais fraca é de que a economia não é capaz de explicar as normas jurídicas, mas pode prever as consequências de algumas delas. Essa versão põe o raciocínio econômico fora do campo do Direito, assim como as consequências estão fora das ações que são suas causas (COOTER, 1982, pp. 1265-1266).

Para Ackerman (1986, p. 929-930), haveria duas linhas principais de pensamento no campo da atual Análise Econômica do Direito. A primeira, denominada de variedade forte, é composta por aqueles que acreditam que os únicos métodos apropriados de argumentação jurídica são aqueles elaborados de modo que sejam aceitáveis aos economistas. Essa corrente encontra na Universidade de Chicago o seu principal bastião. A segunda, designada de variedade fraca, é formada por profissionais que consideram que a análise econômica deve desempenhar um papel amplo no discurso jurídico, embora não tão fundamentalmente importante como pensam os adeptos da Escola

de Chicago. Para esses pensadores, sua principal função é permitir a integração dos conceitos próprios da análise econômica com as formas tradicionais de discurso jurídico, produzindo uma argumentação jurídica mais rica.

Em sua vertente mais tradicional e fortemente influenciada pelo utilitarismo, desenvolvida na Universidade de Chicago, a Análise Econômica do Direito se propõe a explicar a lógica subjacente às decisões judiciais no sistema de *common law* mediante o princípio da maximização da riqueza. Nessa perspectiva, haveria uma espécie de “mão invisível” que guiaria as decisões judiciais em direção à eficiência econômica. Trata-se então de uma corrente de pensamento essencialmente pragmática, pois consiste numa visão instrumental e prática do Direito, que se contrapõe ao formalismo e ao conceitualismo (KRECKÉ, 2003, p. 2). Interessa apenas a descrição do fenômeno jurídico tal como se supõe que ocorre, mais do que como deveria ser. Nessa linha de abordagem, a ética é considerada uma questão subjetiva, retórica e arbitrária, sem espaço no âmbito da teoria econômica (KRECKÉ, 2003, p. 3). Assim, nessa vertente inicial do movimento da *Law and Economics*, a ideia de justiça é considerada sem utilidade para a prática jurídica ou para as investigações científicas do Direito, pois é vista como um princípio emotivo, intuitivo e irracional (KRECKÉ, 2003, p. 3). Mas, para se sustentar como uma teoria essencialmente descritiva, seria preciso comprovar empiricamente que o processo decisório jurídico, ao menos nos sistemas de *common law*, se basearia no critério da eficiência econômica. Foi a dificuldade de comprovação empírica que se tornou o ponto fraco dessa teoria descritiva e explica a evolução do movimento da *Law and Economics* em direção a uma teoria prescritiva (KRECKÉ, 2003, p. 3).

Elisabeth Krecké (2003, p. 3) aponta que, em sua dimensão normativa, a Análise Econômica do Direito também adotou, inicialmente, uma abordagem bastante pragmática. O seu propósito era servir como instrumento para o aperfeiçoamento do sistema jurídico, importando mais a sua funcionalidade do que os seus fundamentos. Essa teoria ainda poderia ser vista como pragmática na medida em que buscava reformular o Direito como um sistema eficiente. Mas, segundo Krecké (2003, p. 4), esse foi um pragmatismo que se revelou largamente impraticável. De acordo Krecké, a eficiência deixou de ser vista como um meio para o aperfeiçoamento do Direito e passou a ser concebida como o objetivo principal a ser perseguido, deixando assim de ser instrumental e passando a ser fundacional (KRECKÉ, 2003, p. 4). Houve assim um rompimento com o espírito pragmático original, pois a eficiência tornou-se um valor que deveria ser perseguido, independentemente da viabilidade prática dessa empreitada (KRECKÉ, 2003, p. 4). Essa abordagem tornou-se contraditória

com os fundamentos originais do movimento, uma vez que, se antes era rejeitada qualquer espécie de moralismo como fundamento do Direito, agora a eficiência econômica e a maximização da riqueza eram alçados como um “valor moral” a ser perseguido. Essa evolução significou igualmente o afastamento da posição anti-formalista e anti-conceitualista que caracterizou o movimento em seu início e a aproximação a um novo tipo de formalismo jurídico, derivado da teoria econômica (KRECKÉ, 2003, p. 4). O ponto fraco dessa teoria é que, sendo normativa, precisa explicar por que os valores da eficiência e da maximização da riqueza deveriam se sobrepor aos outros objetivos valorizados pela sociedade.

Segundo Elisabeth Krecké (2003), posteriormente houve uma mudança na abordagem econômica aplicada ao Direito numa direção mais pragmática e que é ilustrada pela evolução no pensamento de Richard Posner. Nessa nova abordagem, de acordo com Krecké (2003), evitando tanto o intelectualismo do pragmatismo jurídico pós-moderno como o formalismo mecânico e irrealista do modelo baseado na maximização da riqueza, seria possível encontrar espaço para considerações sobre a eficiência no debate jurídico, embora de uma forma diferente daquela preconizada pelos defensores da maximização da riqueza como objetivo primordial do Direito. Para Krecké (2003), a tendência pragmática da Análise Econômica do Direito não rejeita o uso de ferramentas da ciência econômica para estudar o fenômeno jurídico, apenas mostra que a fé no que a economia pode fazer não seria mais a mesma.

Boa parte das críticas lançadas contra a Análise Econômica do Direito se dirigem às concepções próprias da Escola de Chicago, em sua visão mais tradicional. Contudo, os críticos normalmente não explicam as distinções entre as diversas escolas existentes no âmbito da Análise Econômica do Direito, o que leva a alguns julgamentos precipitados. Além da abordagem de Chicago, Mercurio (2009, p. 62) identifica as seguintes escolas de pensamento no âmbito da *Law and Economics: public choice theory, institutional law and economics, the new institutional economics, social norms and law and economics, New Haven school* e a *Austrian law and economics*.

### **3.9.1 Escola de Chicago**

A moderna Análise Econômica do Direito nasceu na Universidade de Chicago entre as décadas de 1960 e 1970, cujos principais expoentes são Ronald Coase, Gary Becker e Richard Posner. Por diversos fatores, foi a abordagem da escola de Chicago que se tornou dominante no âmbito da Análise Econômica do Direito. Por isso, muitas das ideias próprias desta escola de

pensamento, embora não sejam unânimes, foram associadas com a Análise Econômica do Direito em geral.

A abordagem própria da Escola de Chicago no campo da *Law and Economics* foi fortemente influenciada pelo pensamento dominante no departamento de economia da Universidade de Chicago, que em geral adotava as proposições que compunham o núcleo da teoria econômica neoclássica (MERCURO, 2009, p. 74-75). Não por outra razão, a versão da Escola de Chicago consiste essencialmente na aplicação da análise microeconômica, especialmente a teoria dos preços, ao Direito. De acordo com Mercurio (2009, p. 77-78), essa abordagem pode ser caracterizada pelos seguintes elementos: (i) os indivíduos são considerados maximizadores racionais de sua satisfação; (ii) os indivíduos respondem a incentivos de preço tanto no âmbito de mercados explícitos como em outros contextos; (iii) o pensamento *ex ante* é um importante elemento para aqueles que fazem ou avaliam reformas legais, dado o fato de que essas reformas alteram incentivos, comportamentos futuros e, por isso, a performance econômica; (iv) as normas jurídicas e seus resultados pode ser avaliados com base em sua eficiência, de acordo com o conceito de Kaldor-Hicks; (v) a abordagem de Chicago insinua ter descortinado a eficiência da *common law*, sustentando a hipótese de que o seu desenvolvimento poderia ser explicado como se os juízes decidissem os casos buscando promover uma alocação eficiente de recursos; (vi) os adeptos da abordagem de Chicago se dedicam a uma análise positiva para avaliar se a legislação aumenta ou reduz a eficiência, com foco no desenvolvimento de modelos gerais que possam prever os efeitos das instituições; (vii) há uma preocupação em modelar ou adaptar normas jurídicas que aumentem a eficiência. Em sua vertente normativa, a abordagem de Chicago defende que os agentes políticos devem, tanto quanto possível, confiar nas soluções de mercado ou, quando isso não for viável, tentar estabelecer soluções regulatórias que mimetizem o mercado.

### **3.9.2 Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*),**

A *Public Choice Theory* consiste na aplicação análise econômica ao processo político, especialmente em relação à elaboração e implementação de normas jurídicas por órgãos legislativos e pela burocracia estatal. O que resulta de suas vertentes positiva e normativa é uma teoria geral das falhas de governo, compreendidas num sentido análogo às falhas de mercado (MERCURO, 2009, p. 79).

Os adeptos da Teoria da Escolha Pública partem do pressuposto de que há uma demanda e uma oferta por legislação em cujo contexto atuam eleitores, políticos, lobistas e burocratas (MERCURO, 2009, p. 80). Em sua vertente positiva, a Teoria da Escolha Pública procura desenvolver uma teoria que descreva as relações entre o comportamento individual e as decisões de políticas públicas. Parte-se do pressuposto de que os agentes que atuam no “mercado político” são maximizadores racionais de sua utilidade. De acordo com Mercurio (2009, p. 81), procura-se demonstrar que os resultados políticos em última instância refletem as escolhas individuais em uma estrutura de incentivos criada pela legislação. Mais do que isso, afirma que são exploradas as implicações das escolhas políticas, legislativas e burocráticas e seu impacto sobre a performance econômica geral da nação (MERCURO, 2009, p. 81).

Os conceitos centrais da Teoria da Escolha Pública são: a ignorância racional dos eleitores; e a concepção dos políticos como legisladores auto interessados. Presume-se que, dado o pequeno peso de cada voto para a definição dos escolhidos, os eleitores não teriam incentivo para despendar tempo e esforço para se informar bem sobre os candidatos; enquanto que os políticos procurariam maximizar votos, poder e dividendos políticos em favor de seus interesses pessoais (MERCURO, 2009, p. 82). Em relação à atuação dos burocratas, chamados a complementar as medidas legislativas e dar-lhes execução, procura-se analisar a estrutura de incentivos que os cercam para definir como provavelmente exercerão suas funções.

Outro ponto importante é a teoria da busca de renda (*theory of rent seeking*), segundo a qual se reconhece que grupos de interesses atuam para implementar ou alterar a legislação de modo sejam favorecidos com alguma transferência de renda proveniente de grupos mais amplos da população. São analisadas então as consequências sobre a eficiência que resultam dessas demandas. De acordo com MERCURO (2009, p. 84), essa análise enfatiza o desperdício de recursos gerado para adquirir e manter posições privilegiadas, que poderiam ser utilizados em atividades economicamente mais produtivas.

### **3.9.3 *Institutional Law and Economics***

Tomando por base a economia institucional, que se interessa pelas interações entre instituições jurídicas e econômicas, surgiu a *Institutional Law and Economics*. A economia institucional floresceu nas primeiras décadas do Século XX como um esforço contra as doutrinas formalistas no campo da ciência econômica. A principal premissa da economia institucional é que as

instituições econômicas fundamentam todas as atividades econômicas (MERCURO, 2009, p. 85). Os institucionalistas concentraram seus esforços na análise indutiva de aspectos institucionais específicos da economia (MERCURO, 2009, p. 85). Em vez da aplicação estrita da teoria microeconômica, que é o cerne da Escola de Chicago e da Teoria da Escolha Pública, o ponto central da abordagem institucionalista é a análise da sociedade econômica com ênfase nas relações entre os processos jurídicos e econômicos, ou seja, entre o governo e a economia (MERCURO, 2009, p. 87). Os adeptos da escola institucionalista se interessam pela operação das instituições jurídicas e seu impacto sobre a economia de modo a desenvolver métodos para analisar e prever os efeitos de modelos institucionais diferentes sobre o ambiente econômico. Assim, diferente das demais escolas de pensamento, a abordagem institucionalista carece de uma vertente normativa, ou seja, uma agenda política (MERCURO, 2009, p. 88).

De acordo com Nicholas Mercurio (2009, p. 89), os principais elementos da *institutional law and economics* são: (i) a ênfase na natureza evolucionária do sistema econômico e, sobretudo, no papel da evolução do Direito na estruturação da evolução do sistema econômico; (ii) a sempre presente tensão entre continuidade e mudança e a subjacente interação entre grupos de pressões contrários e favoráveis a mudanças; (iii) a concepção de que o sistema jurídico-econômico é produto de uma interdependência mútua entre essas esferas; (iv) a preocupação em descrever o processo de criação ou restabelecimento de direitos e o impacto desse processo sobre o processo decisório jurídico-econômico e sobre a performance econômica; (v) o reconhecimento da natureza problemática da eficiência, com a rejeição da ênfase da escola de Chicago sobre a determinação de uma única solução eficiente das disputas jurídicas ou como o único guia para promover reformas legais. Segundo Mercurio (2009, p. 89), a essência da abordagem institucional é um conhecimento mais profundo sobre os impactos recíprocos entre o Direito e a Economia.

#### **3.9.4 *New Institutional Economics***

A nova economia institucional também parte da premissa básica de que as instituições são um fator relevante para determinar a estrutura econômica e, conseqüentemente, o desempenho econômico. Considera ainda que os elementos determinantes das instituições podem ser explicados ou compreendidos mediante o uso de ferramentas da teoria econômica (MERCURO, 2009, p. 90). De acordo com Nicholas Mercurio (2009, p. 91), os fundamentos teóricos da nova economia institucional se assentam em dois elementos principais. O primeiro deles consiste na concepção de que há um nexos entre a estruturação das instituições jurídicas e o desempenho dos mercados. Portanto, o bom



funcionamento dos mercados dependeria de uma estrutura jurídica apropriada. O segundo elemento decorre da tentativa de explicar o desenvolvimento e a significância econômica dos direitos de propriedade por meio da história. Nesse contexto, busca-se construir uma teoria dinâmica que seja capaz de explicar a evolução econômica ao longo do tempo, em geral enfatizando que a eficiência dos mercados é moldada diretamente pela estrutura institucional ao seu redor (MERCURO, 2009, p. 92).

Nicholas Mercurio (2009, p. 92) afirma que a nova economia institucional tem dois princípios fundamentais. O primeiro é que os indivíduos, ao perseguirem racionalmente seus próprios interesses, estão sujeitos a limitações mais numerosas e severas do que as que são admitidas pela teoria econômica neoclássica. Com isso, baseia-se numa ideia de racionalidade limitada dos indivíduos. O segundo princípio fundamental é a ideia de que as estruturas institucionais podem favorecer a capacidade de produção de riqueza da sociedade. Entende-se que a alocação eficiente de recursos e, portanto, a maximização da riqueza, depende do modo como são definidos e assegurados os direitos de propriedade.

### ***3.9.5 Social Norms and Law and Economics***

A abordagem tradicional da Escola de Chicago não atribuía quase nenhuma importância às normas sociais. Considerava-se então que o comportamento dos indivíduos era moldado quase que exclusivamente pelos mecanismos de incentivos e restrições estabelecidos pelo Direito. Porém, a partir dos anos 1990, tornou-se cada vez mais claro que as normas jurídicas e sociais operam em conjunto para regular condutas humanas induzindo padrões de comportamento que geram impacto sobre o desempenho econômico (MERCURO, 2009, p. 95). A característica fundamental da *Social Norms and Law and Economics* é que as normas sociais, assim como as normas jurídicas, formam um conjunto de incentivos e obstáculos que influenciam os comportamentos dos indivíduos numa determinada sociedade.

Os primeiros adeptos desta corrente consideravam que as normas sociais eram independentes das normas jurídicas e relativamente fixas, de modo que não poderiam ser deliberadamente alteradas. Mas no final da década de 1990 começou a emergir uma nova linha de pensamento cujos adeptos entendem que as normas sociais poderiam, ao menos em parte, ser moldadas pelas normas jurídicas (MERCURO, 2009, p. 98). Com isso, o governo poderia ter um papel mais ativo no campo das normas sociais mediante o estabelecimento de regras estatais que as

influenciassem. O foco dessa nova corrente consiste no esclarecimento dos mecanismos pelos quais a influência recíproca entre o Direito e as normas sociais é afetada e na modelagem de normas sociais como uma possível solução para questões de políticas públicas (MERCURO, 2009, p. 99).

### **3.9.6 Escola de New Haven**

A Escola de New Haven caracterizou-se por uma visão mais ampla do papel do Estado e por agregar outros valores além da eficiência às suas considerações sobre os objetivos a serem perseguidos. Os seus adeptos defendem que a regulação tem um importante papel a desempenhar no moderno estado de bem-estar social. Para a Escola de New Haven, a tarefa da abordagem econômica do Direito consiste: (i) na definição da justificação econômica para as ações governamentais; (ii) na análise realista das instituições políticas e burocráticas; e (iii) na definição do papel que deve ser desempenhado pelos tribunais no moderno sistema de definição de políticas públicas (MERCURO, 2009, p. 101-102). A Escola de New Haven reconhece a importância da escassez na análise dos problemas jurídico-econômicos e a virtude de confiar a alocação dos recursos ao mercado. Mas, por considerar que a existência de falhas de mercado é muito mais frequente do que outras correntes admitem, sustenta que haveria uma necessidade muito maior de intervenção estatal por via da regulação (MERCURO, 2009, p. 102). Em sua vertente normativa, a Escola de New Haven preconiza que, embora a análise da eficiência deva continuar a ser uma preocupação, a distribuição da riqueza também deve ser levada em conta sob a luz da justiça e da equidade. Além disso, os adeptos da abordagem de New Haven concluem que a análise de custo-benefício que deve acompanhar a atividade de correção de falhas de mercado deve ser mais ampla, levando em conta todos os custos e benefícios e não apenas aqueles que possam ser traduzidos em termos monetários (MERCURO, 2009, p. 103). Portanto, como afirma Nicholas Mercurio (2009, p. 103), a agenda normativa da Escola de New Haven consiste na efetiva implementação de políticas públicas que, de forma eficiente, atinjam certos objetivos regulatórios que sirvam para aumentar o bem-estar social, que é definido de modo mais amplo de modo a não ignorar a distribuição (sem esquecer da alocação) ou a justiça (sem esquecer da eficiência).

### **3.9.7 A Escola Austríaca**

A escola austríaca enfatiza o papel ativo dos indivíduos em definirem as suas escolhas pessoais. Diferente da abordagem de Chicago, os indivíduos não são considerados como meros seguidores passivos de incentivos proporcionados pela estrutura de preços, mas como agentes mais

livres e criativos e como seres instintivamente sociais. Nessa perspectiva, a escola austríaca defende que a economia deve focar atenção nos fins escolhidos pela ação humana (MERCURO, 2009, p. 106). Para os austríacos, a eficiência é vista como dependente dos objetivos traçados pelos indivíduos conforme suas preferências pessoais. Então, os custos e os benefícios de cada opção também são considerados subjetivos. Por isso, dada a subjetividade desses conceitos, consideram que a ênfase neoclássica na eficiência não é capaz de dar resultados concretos. Na abordagem austríaca, as preferências pessoais se alteram frequentemente e por isso não poderiam ser capturadas de forma objetiva. O seu foco é a busca dos indivíduos pela realização de seus objetivos e a habilidade dos empreendedores de formular e executar planos para atingir esses objetivos (MERCURO, 2009, p. 107). Os preços de mercado são considerados como meio transmissor de informações sobre oportunidades econômicas que geram crescimento econômico e desenvolvimento (MERCURO, 2009, p. 107).

Assim, a escola austríaca é contrária à intervenção estatal na medida em que pode distorcer os preços de mercado. Portanto, entende que o governo deve centrar esforços em desenvolver instituições que sejam aptas para promover a descentralização das decisões que sejam relevantes para o contexto econômico, o que se baseia numa grande confiança no mercado como sistema preferencial de controle social (MERCURO, 2009, P. 107). O governo então deveria trabalhar para facilitar os processos de mercado. Daí a ênfase no papel do Estado em assegurar direitos de propriedade confiáveis e que permitam que os empreendedores possam atuar mais livremente.

### **3.10 Considerações finais**

Um dos principais propósitos do Direito é o de orientar condutas, ou seja, induzir que as pessoas se comportem de certa maneira. Faz isso por meio de um sistema de incentivos e restrições a determinadas condutas. Se essa é realmente uma função primordial do Direito, então é essencial que sejam conhecidas as consequências das normas jurídicas e decisões judiciais, bem como de suas potenciais alternativas, sobre o comportamento humano. Em outros termos, é importante compreender e prever os efeitos das normas jurídicas, além de avaliar a sua eficácia no mundo real. Por exemplo, a proibição da cobrança de valores diferenciados pelos comerciantes de acordo com a forma de pagamento (dinheiro em espécie, cartão de crédito ou cartão de débito), limitando assim o livre exercício das atividades econômicas em favor de uma suposta proteção aos consumidores, quando avaliada sob as lentes da análise econômica, revela-se uma medida que, na

realidade, favorece as administradoras de cartões de crédito pelo aumento da demanda por seus serviços e não propriamente o consumidor. Se não há qualquer incentivo para fazer o pagamento à vista, os consumidores tendem utilizar cartões de crédito com maior frequência a fim de maximizar a sua utilidade, haja vista que disporão de um prazo adicional para pagar a dívida além dos benefícios normalmente oferecidos pelas administradoras de cartões de crédito. Ocorre assim um aumento de custos aos comerciantes que se reflete nos preços ao consumidor<sup>44</sup>. Portanto, uma norma jurídica que incentive o uso de cartões de crédito provoca um aumento de custos financeiros e administrativos aos comerciantes, na medida em que só receberão o valor da venda após algum tempo e ainda serão obrigados a pagar uma determinada comissão à operação de cartão de crédito, que fatalmente resultará em algum aumento de preços, que será distribuído entre todos os consumidores ante a impossibilidade de praticar preços diferenciados conforme a modalidade de pagamento.

A Análise Econômica do Direito, aqui compreendida em sua acepção mais larga de modo a envolver não apenas a abordagem da Escola de Chicago, pode ser útil para a formulação de juízos de diagnose e de prognose dos efeitos das normas jurídicas precisamente por lidar com as respostas dos agentes econômicos a incentivos e desincentivos. Como se procurou demonstrar, é possível ampliar a aplicação desse modelo para comportamentos que não envolvam mercados explícitos. A aplicação da teoria econômica no âmbito do Direito pode revelar consequências não-intuitivas das normas jurídicas e decisões judiciais. Não é incomum que os reais efeitos de certas medidas sejam opostos aos objetivos que levaram à sua adoção. É o caso clássico do controle de preços, que a teoria econômica provou ser maléfico aos interesses dos consumidores por reduzir a oferta e ampliar a demanda artificialmente, incentivando ainda o surgimento de um mercado negro<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Não se pretende com isso dizer que qualquer aumento de custos é repassado integralmente aos consumidores, pois em um mercado livre e competitivo os preços são definidos pela interação entre a oferta e a demanda. Porém, o aumento de custos se reflete nos preços na medida em que desloca a curva de oferta (que em interação com a curva de demanda define a quantidade ofertada e o preço). Portanto, mantidas as demais condições de mercado, o aumento de custos inevitavelmente causa um aumento de preços ao consumidor.

<sup>45</sup> Essa questão está atualmente em voga em razão do aumento de preços de hotéis nas cidades-sede da Copa do Mundo. De acordo com a teoria econômica, são ineficazes e mesmo prejudiciais aos consumidores as tentativas de tabelar preços. Como o aumento de preços reflete um desequilíbrio entre a oferta e a demanda, seria muito mais eficaz que as políticas públicas houvessem se concentrado em facilitar um rápido aumento da oferta de vagas de hospedagem. Considerando que não se deve esperar que hotéis sejam construídos unicamente para atender a demanda de um evento específico, caso não haja uma perspectiva de consolidação do aumento da demanda, seria recomendável a criação de incentivos para a oferta provisória de quartos para hospedagem. Uma alternativa poderia ser o aluguel de quartos em casas de família. Mas essa solução esbarra em altos custos de transação, decorrentes da comunicação entre o fornecedor do serviço e potenciais consumidores e na falta de confiança dos consumidores em relação a esse tipo de serviço, especialmente por questões de segurança e de veracidade das informações apresentadas pelo prestador do serviço. Assim, uma política pública aparentemente eficaz para combater o aumento de preços de hospedagem em tais períodos de demanda excepcional e que representaria uma intervenção muito menos agressiva ao princípio da liberdade econômica do que o tabelamento (ou

Ainda na década de 1960, Ronald Coase já advertia para a relevância de que os tribunais estivessem cientes das consequências econômicas de suas decisões ao afirmar que:

*It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. (COASE, 1960, p. 13)*

O raciocínio jurídico tradicional, baseado na interpretação de enunciados normativos, precedentes e doutrinas jurídicas, é insuficiente para compreender com clareza os problemas para os quais o Direito deve dar respostas, muito menos para avaliar os reais efeitos das normas jurídicas. Essa conclusão se mostra verdadeira, sobretudo, no contexto pós-positivista em que fatos e informações exógenas aos enunciados normativos e decisões judiciais também são relevantes para o Direito. Nesse ambiente, a crescente interdisciplinaridade do Direito é bem-vinda, pois permite uma compreensão mais ampla dos fenômenos que o Direito procura regular. Por isso, é importante que o profissional do Direito esteja aberto a assimilar conhecimentos oriundos de outras ciências sociais, inclusive a Economia, bem como reconhecer a utilidade de economistas, sociólogos, cientistas políticos, antropólogos, entre outros, no processo pelo qual são tomadas decisões jurídicas. Dos economistas, os juristas podem aprender a argumentação quantitativa para elaborar teorias e fazer pesquisas empíricas (COOTER; ULEN, 2012, p. 9). Nesse sentido, Posner afirma que:

Uma das coisas que podemos ter a esperança de obter por meio da aplicação dos métodos da teoria científica e da pesquisa empírica ao direito constitucional é um conhecimento que habilite os juízes a lidar de modo sensato com a incerteza acerca das consequências. (POSNER, 2012, p. 287)

Portanto, os conhecimentos provenientes das ciências sociais adjacentes ao Direito podem e devem enriquecer o discurso jurídico, pois permitem que se possa chegar a decisões mais adequadas à realidade e que não sejam meros exercícios de retórica baseada em abstrações.

A utilidade da abordagem econômica em questões que não envolvam mercados explícitos no contexto da aplicação do postulado da proporcionalidade pode ser ilustrada pela jurisprudência da Suprema Corte americana que atribui às pessoas comuns um direito mais amplo de

---

multas por cobrança de preços abusivos, o que dá no mesmo), seria o cadastramento de pessoas interessadas em oferecer quartos em suas casas aos turistas nos períodos de maior demanda, estabelecendo uma classificação de qualidade e confirmando as características das instalações, oferecendo essas informações por meio da internet (como fotos e mapas de cada local, por exemplo). Isso permitiria um rápido aumento de oferta (provisória) mediante a redução dos custos de transação envolvidos nesse tipo de serviço.

serem reparadas por difamações do que às pessoas públicas. Posner explica a relação entre essa decisão e a análise econômica:

*The Supreme Court has distinguished between public and private figures, giving private figures a broader right to sue for defamation than public ones. This distinction may make economic sense. The external benefits of information about public figures are greater than those information about private figures, and therefore the argument for allowing some of the costs to be externalized is stronger. Moreover, a public figure, being by definition newsworthy, has some substitute for legal action: he can tell his side of story, which the news media will pick up. (POSNER, 1987, p. 8)*

No que concerne à Análise Econômica do Direito, é a sua vertente positiva que se mostra especialmente relevante para incrementar a qualidade do discurso jurídico, na medida em que permite a incorporação de informações sobre o efetivo impacto das normas jurídicas e decisões judiciais sobre a sociedade. Mediante o emprego das ferramentas da Economia, a análise econômica positiva estabelece um raciocínio de causa-e-efeito e uma consistência que proporciona um maior esclarecimento sobre as questões em análise e, com isso, um fundamento potencialmente mais poderoso para a argumentação jurídica (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 47). Como afirma REZENDE LARA (2008, p. 9), os argumentos apresentados sob a forma econômico-matemática ganham em objetividade e certeza. Porém, as teorias econômicas não são capazes de traçar objetivos para a sociedade, haja vista isso envolve definições políticas que, em sociedades democráticas, devem ser estabelecidos direta ou indiretamente pela sociedade, de acordo com as preferências dominantes. Como enfatiza Bruno SALAMA (2008), a análise econômica do direito não é capaz de dar respostas definitivas aos dilemas normativos. Mas pode oferecer instrumentos aptos para que se preveja como as normas jurídicas e decisões judiciais poderiam atingir os objetivos definidos pela sociedade. Portanto, a principal utilidade da Análise Econômica do Direito é a de iluminar os problemas jurídicos e apontar as consequências das diversas opções de escolhas normativas com que se depara a sociedade (SALAMA, 2008).

Cooter e Ulen explicam a relevância da assimilação da abordagem econômica pelo Direito:

*The economic analysis of law unites two great fields and facilitates understanding each of them. You probably thinks of law as promoting justice; indeed, many people can think in no other way. Economics conceives as law as incentives for changing behavior (implicit prices) and as instruments for policy objectives (efficiency and distribution). However, economic analysis often takes for granted such legal institutions as property and contract, which*

*dramatically affect the economy. Thus, differences in laws cause capital markets to be organized differently in Japan, Germany, and the United States. Failures in financial laws and contracting contributed to the banking collapse of 2008 in the United States and the subsequent recession, which was less severe in Japan and Germany. Also, the absence of secure property and reliable contracts paralyzes the economies of some poor nations. Improving the effectiveness of law in poor countries is important to their economic development. Law needs economics to understand its behavioral consequences, and economy needs law to understand the underpinnings of markets. (COOTER e ULEN, 2012, p. 9)*

É certo que os demais métodos de análise jurídica também procuram prever os efeitos das normas e avaliá-las segundo algum critério de bem comum. Mas a Análise Econômica do Direito possui características que lhe permitem prever com mais objetividade e precisão os efeitos das normas jurídicas. Segundo Shavell (2004, p. 4), as características que distinguem a Análise Econômica do Direito e outras abordagens são as seguintes: (i) a análise econômica enfatiza o uso de modelos estilizados e de testes estatísticos e empíricos à teoria, enquanto as demais abordagens normalmente não fazem isso; (ii) ao descrever o comportamento, a análise econômica atribui muito mais peso à visão de que os atores são racionais e agem de acordo com as possíveis consequências de seus atos; e (iii) na avaliação normativa, a análise econômica torna explícita a medida de bem-estar social considerada, ao passo que outras abordagens deixam obscuro e implícito o critério de bem-estar que utilizam.

Os objetivos de políticas públicas não podem ser atingidos mediante alterações legislativas aleatórias ou cujos efeitos sejam presumidos apenas com base na intuição. Daí a utilidade da Análise Econômica do Direito, pois fornece um modo sistemático de pensar a direção em que se deve alterar as normas jurídicas (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 32). Nas palavras de Mercurio e Medema:

*From the vantage point of Law and Economics, one must understand that a change in the law will alter the incentive structure confronting individuals and groups in society. This change in incentives will alter behavior, and that new behavior will ultimately and systematically affect economic performance. (MERCURO; MEDEMA, 2006, p. 33)*

Como afirma Kitch (1983, p. 185), qualquer sistema jurídico que aspire o aperfeiçoamento deve contar com instituições que formulem e proponham reformas (KITCH, 1983, p. 185). Portanto, embora os formuladores de políticas públicas possam ter outros objetivos em mente além da eficiência, a análise econômica pode auxiliar a esclarecer os prováveis efeitos de tais políticas. Não se trata de uma solução definitiva para todos os problemas, mas a Análise Econômica

do Direito fornece instrumentos úteis para compreender, avaliar e formular normas jurídicas. E, tendo em vista que a relação entre os objetivos de determinada medida legislativa e os seus efeitos concretos é juridicamente relevante, fica clara a importância da Análise Econômica do Direito nesse contexto. Como afirma SALAMA (2008, p. 36), a questão não é tanto se a eficiência pode ser igualada à justiça, mas como a definição do justo pode se beneficiar da discussão sobre custos e benefícios. Ainda que a solução mais eficiente não deva ser necessariamente adotada, já que outros valores da sociedade podem ser predominantes, a definição dos reais efeitos de cada alternativa pode proporcionar mais racionalidade ao discurso jurídico.



## CONCLUSÕES

O novo constitucionalismo fundamenta-se na premissa de que os direitos e a efetividade de sua proteção são aspectos essenciais da legitimidade democrática do Estado. Essa necessidade de assegurar a efetividade de direitos básicos significa retirar dos órgãos parlamentares, ainda que legitimamente eleitos, o poder de restringi-los além do que seria autorizado pela Constituição. Abrem-se então duas opções principais: confiar no autocontrole dos órgãos legislativos ou atribuir a um órgão de caráter jurisdicional o poder para rever os atos legislativos tomando como parâmetro a Constituição. A maioria dos países democráticos, inclusive o Brasil, optou pela instituição de uma jurisdição constitucional com o poder de anular atos legislativos considerados incompatíveis com direitos fundamentais ou outras normas constitucionais. Isso significa a capacidade para deliberar sobre a validade das leis com base em princípios.

Os sistemas jurídicos modernos são concebidos como um conjunto composto por regras e princípios, que são normas qualitativamente distintas. Os princípios, como mandamentos de otimização, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas; ao passo que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. As regras são normas que determinam diretamente certos comportamentos, enquanto os princípios descrevem estados de coisas a serem fomentados ou preservados, tanto quanto possível. Da interação entre princípios e regras, ou seja, entre fins e meios, resulta logicamente a exigência de proporcionalidade.

Diante da carência de legitimidade democrática dos juízes constitucionais e a atribuição para decidir sobre a (in)constitucionalidade de atos legislativos com fundamento em princípios, que por sua própria natureza são vagos e imprecisos, há um esforço para encontrar um método que evite, ou que pelo menos minimize, a probabilidade de decisões arbitrárias. Assim, o método do exame de proporcionalidade, estruturado numa análise trifásica composta pelos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pode ser concebido como uma resposta ao desafio que foi imposto aos juízes para avaliar a constitucionalidade das leis e outros atos do poder público com base em princípios. Trata-se então de um importante instrumento de controle da constitucionalidade de atos legislativos para que seja resguardada a normatividade da Constituição e, especialmente, dos direitos e garantias fundamentais.

Há bons motivos para estabelecer um controle recíproco entre os poderes, inclusive com a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade sobre os atos legislativos. As limitações políticas dos tribunais os tornam um árbitro menos propenso a abusar de seus poderes. Além disso, o modo de operação da jurisdição constitucional, mediante o discurso jurídico, impõe restrições adicionais que permitem maior controle sobre as decisões judiciais.

Mas a questão acerca da pertinência ou não da jurisdição constitucional não pode ser respondida em abstrato. A resposta depende de análises empíricas sobre seus efeitos concretos em cada caso. Porém, para os fins desta investigação, é suficiente afirmar que o controle jurisdicional da constitucionalidade de atos legislativos com base no exame de proporcionalidade pode trazer vantagens à efetividade dos direitos fundamentais e que ele vem sendo efetivamente empregado no Brasil. Partindo desses pressupostos, torna-se necessário encontrar soluções aos desafios metodológicos enfrentados pelos juízes constitucionais ao se depararem com a necessidade de decidirem questões com base em princípios constitucionais.

Caso não haja um critério racional para avaliar a correção de decisões jurídicas, especialmente decisões judiciais, haveria uma radical relativização do Direito cujo resultado seria uma atividade jurisdicional completamente arbitrária. Daí não se segue necessariamente que seja possível estabelecer critérios de correção minimamente adequados, especialmente quando o que está em jogo é a aplicação de princípios. Mas isso justifica a tentativa de estabelecer tais critérios, pois, em sendo impossível encontrá-los, há mais uma razão para que os órgãos encarregados da jurisdição constitucional atuem com comedimento.

O paradigma positivista, que concebia a aplicação do Direito como uma mera operação de silogismo pretensamente teórico, não é suficiente no contexto do moderno Estado constitucional. É necessário um modelo de argumentação mais sofisticado. A conclusão sobre direitos definitivos com base em premissas normativas aplicáveis *prima facie* deve ocorrer mediante um procedimento discursivo racional, a fim de que se possa chegar a uma resposta com base na força dos melhores argumentos. Portanto, é no campo do discurso jurídico que são apresentadas e justificadas as premissas para definir o peso relativo de cada princípio envolvido na atividade de ponderação. Alexy demonstra com a sua teoria que o procedimento de ponderação pode ser objetivo e racional; e assim capaz de evitar decisões arbitrárias. Para isso devem ser seguidas as regras e formas de argumento que conduzem a um discurso jurídico racional. Isso não quer dizer que não haja um espaço discricionário no qual os juízes constitucionais possam fazer escolhas. Certamente que a

jurisdição constitucional envolve escolhas, inclusive para abster-se de se manifestar sobre determinados assuntos em certas ocasiões, o que revela um inegável caráter político. Mas trata-se de um espaço limitado ao discursivamente possível.

As regras e formas de argumentação jurídica apresentadas por Alexy, embora não sejam capazes de conduzir sempre a um único resultado “correto”, exprimem um procedimento discursivo em que podem ser racionalmente comparados os diversos argumentos apresentados contra ou a favor uma determinada proposição normativa a fim de que se possa chegar a uma decisão pela força dos melhores argumentos. Têm a vantagem de deixar explícitas todas as premissas em que se baseia a decisão, inclusive aquelas que não são extraídas do direito positivo. E no caso de decisões que envolvam a aplicação de princípios constitucionais, a clara exposição de todas as premissas em que se baseia a conclusão é muito importante para permitir a controlabilidade de tais decisões. Mas, tão importante quanto a exposição de todas as premissas, é a sua justificação, especialmente aquelas que não são extraídas diretamente do direito positivo.

Foi demonstrado que a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy reconhece a relevância da argumentação empírica no campo do discurso jurídico. No caso de decisões que lidem com a aplicação de princípios, a argumentação empírica se mostra especialmente relevante, exatamente porque os princípios são normas que estabelecem estados de coisas a serem preservados ou fomentados na maior medida possível. Portanto, discursos jurídicos que tratem da aplicação do postulado da proporcionalidade em que não sejam apresentados argumentos relacionados aos efeitos concretos da proposição normativa que se sustenta como “correta” sobre os estados de coisas indicados pelos princípios em colisão afiguram-se ociosos, por lhes faltar qualquer substrato real. As premissas do discurso jurídico que trate do postulado da proporcionalidade devem referir-se aos graus em que a medida questionada e eventuais medidas alternativas concretizam ou restringem os princípios envolvidos. Isso exige a análise de suas efetivas consequências no mundo real. Assim, a ausência de uma análise consequencialista em tais discursos jurídicos mostra-se fatal para a sua racionalidade. Portanto, os argumentos empíricos revelam-se fundamentais para aprimorar a qualidade da argumentação jurídica, especialmente quando está em jogo a aplicação de princípios.

A Análise Econômica do Direito pode ser um poderoso instrumento para revelar as reais consequências dos arranjos normativos e com isso uma fonte qualificada de argumentos a serem empregados nos debates jurídicos. A abordagem interdisciplinar permite o alargamento do discurso jurídico, trazendo para a discussão premissas que não poderiam ser extraídas da análise jurídica

tradicional, excessivamente dogmática. Portanto, os conhecimentos provenientes das ciências sociais adjacentes ao Direito podem e devem enriquecer o discurso jurídico, uma vez que permitem que se possa chegar a decisões mais adequadas à realidade e que não sejam meros exercícios de retórica baseada em abstrações. Quando se trata de decidir questões que não se seguem logicamente de um determinado enunciado de direito positivo, a permeabilidade do discurso jurídico a premissas originadas da análise econômica, sem prejuízo de outras abordagens, contribui sensivelmente para a melhoria da qualidade das decisões. Se as decisões “corretas” devem ser alcançadas pela força dos melhores argumentos, é sempre bem-vinda a introdução de novos argumentos ao campo do discurso jurídico. O Direito, então, não só pode como deve ser influenciado por conhecimentos provenientes de outras disciplinas, pois essa influência é decisiva para que possa cumprir adequadamente a sua função de ordenar a vida em sociedade.

Embora possa não ser o único ou mesmo o principal objetivo do Direito, não se pode negar que a eficiência é um dos objetivos valorizados pelas sociedades modernas, até porque é instrumental para o alcance de diversas outras finalidades normalmente associadas às democracias contemporâneas, como o bem-estar social. Se a eficiência é um dos fatores a ser levado em conta na modelagem do ordenamento jurídico, na medida em que o ferramental próprio da teoria econômica consiga fornecer respostas acerca do impacto econômico das normas jurídicas torna-se evidente que as suas conclusões atribuem mais consistência à argumentação jurídica. Mas isso não exclui o debate acerca da justiça ou da equidade da distribuição inicial dos recursos e sobre o qual a teoria econômica neoclássica não tem muito a contribuir.

No que concerne especificamente à Análise Econômica do Direito, é a sua vertente positiva que se mostra especialmente relevante para incrementar a qualidade do discurso jurídico, na medida em que permite a incorporação de informações sobre o efetivo impacto das normas jurídicas e decisões judiciais. Sua principal função é permitir a integração dos conceitos próprios da análise econômica com as formas tradicionais de discurso jurídico, produzindo uma argumentação jurídica mais rica.

Os conhecimentos proporcionados pela Análise Econômica do Direito mostram-se importantes para o julgamento com base no postulado da proporcionalidade, dada a sua dependência da avaliação tanto da capacidade de certa medida em atingir a sua finalidade como também da ponderação entre seus efeitos positivos e negativos sobre os princípios envolvidos. O teste de adequação, ao exigir que a medida questionada seja capaz de promover, ainda que minimamente, o

objetivo almejado, depende essencialmente da argumentação empírica. Isso porque, trata-se de avaliar as consequências fáticas de uma determinada medida legislativa ou de outro ato estatal que esteja sob questionamento. O mesmo se pode afirmar quanto ao teste da necessidade, que consiste em comparar os graus de restrição a um princípio que resultam de diversas medidas alternativas. Considerando que os princípios estabelecem estados de coisas a serem fomentados ou preservados, isso significa que se deve avaliar o efetivo impacto das alternativas disponíveis sobre esse estado de coisas. Fica assim evidente a importância da apresentação de argumentos empíricos também por ocasião do teste de necessidade. O último passo do exame de proporcionalidade consiste na aplicação da técnica do sopesamento de princípios, que consiste na comparação entre os benefícios resultantes da medida em questão e os seus efeitos colaterais negativos. Nesta etapa, os participantes do discurso devem apresentar argumentos que sustentem proposições indicativas dos graus de intensidade da restrição e de importância dos princípios envolvidos. Certamente, aí também avulta a relevância dos argumentos empíricos, especialmente no tocante à definição do grau de restrição operada por determinada medida ao princípio em colisão, haja vista que para isso é preciso estabelecer a intensidade com que o estado de coisas que constitui o princípio em colisão é afetado pela medida questionada. Assim, fica clara a relevância da Análise Econômica do Direito, em seu aspecto descritivo, para o julgamento por proporcionalidade.

Na medida em que esclarece os reais efeitos das normas jurídicas e decisões judiciais, a Análise Econômica do Direito pode ser bastante útil para uma forma de maximização que não é exatamente da riqueza da sociedade, medida pelo produto interno bruto, mas a maximização do atingimento dos diversos objetivos que a sociedade traça para si mesma pelas vias políticas. Como bem retrata a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a concretização de um princípio muitas vezes significa uma restrição a outro(s) princípio(s). A aplicação do postulado da proporcionalidade tem por objetivo exatamente a maximização da concretização dos princípios em conflito e, para que isso seja possível, é fundamental conhecer o efetivo impacto das normas jurídicas e decisões judiciais sobre o mundo dos fatos.

Mas a tese normativa de que a maximização da riqueza deve ser um valor superior a ser perseguido pelo sistema jurídico a todo custo é claramente incompatível com a ideia de que não existem princípios absolutos. Num contexto democrático, os valores subjacentes aos princípios que balizam o ordenamento jurídico e, portanto, as decisões judiciais, devem estar lastreados em escolhas da sociedade, por meio do processo constituinte ou legislativo. E não há no ordenamento jurídico

pátrio disposição da qual se possa inferir que a eficiência econômica é um valor que se sobrepõe aos demais. A eficiência, como qualquer outro princípio, não pode ser defendida a qualquer custo, exatamente porque isso significaria, em muitos casos, abdicar da concretização de outros princípios e que, em dadas situações, dentro de uma abordagem de proporcionalidade, deveriam preponderar no caso concreto. Mas isso não é o mesmo que dizer que a eficiência não deva ser levada em conta. Mas apenas que não se trata de um valor superior aos demais. De nada adianta a previsão de direitos sociais nas cartas constitucionais se a pujança econômica da sociedade em que são estabelecidos não for capaz de proporcionar as condições materiais suficientes para assegurar seu cumprimento. Então, a eficiência econômica deve ser vista como um meio para atingir os objetivos concretos da sociedade. Assim, o valor da eficiência deve ser sempre considerado pelos juristas, mas deve ser visto de forma instrumental e nunca como um valor ético superior. Em sendo a eficiência um dos valores a serem considerados no processo decisório jurídico, a Análise Econômica do Direito também tem muito a contribuir quanto a esse aspecto.

Portanto, a racionalidade do exame de proporcionalidade depende fundamentalmente da possibilidade de estabelecer juízos racionais sobre os graus de importância e de afetação de cada um dos princípios envolvidos, conforme as circunstâncias do caso concreto. A Análise Econômica do Direito, ao descortinar os reais efeitos das normas jurídicas, pode contribuir decisivamente para prover informações concretas que fundamentem tais juízos sobre a intensidade com que cada princípio é afetado por uma determinada medida legislativa. Além disso, no campo da proporcionalidade em sentido estrito, deve ainda ser sopesado o princípio da eficiência com os demais princípios em confronto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Law, economics, and the problem of legal culture*. Duke Law Journal; December 1986, Vol. 1986, p. 929-947.

ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. International Journal of Constitutional Law. v. 3, n. 4, p. 572-581, out. 2005.

ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing, and rationality*. Ratio Juris. v. 16, n. 2, p. 131-140. Jun. 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATIENZA, Manuel. *Argumentacion juridica y Estado constitucional*. Novos estudos jurídicos. v. 9, nº 1, p. 9-22, jan-abr. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. *Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther*. Novos Estudos Jurídico, vol. 13, n. 2, pp. 23-37. jul-dez 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BIX, Brian. *Law as an Autonomous Discipline*. In: CANE Peter, TUSHNET Mark (eds.). The Oxford handbook of legal studies. Oxford University Press, 2003. Cap. 43. p. 975-987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *O Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. Yale Law Journal. n. 4, v. 70, p. 499-553, 1961.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. Journal of Law and Economics. v. 3, p. 1-44, 1960.

COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>. Último acesso: 20.jan.2014.

COOTER, Robert. *Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*. UCLA Law Review. v. 29, p. 1260-1269, 1982.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Law & Economics*. 6ª ed. Boston: Pearson, 2012.

DAHL, Robert A. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. Journal of Public Law. v. 6, p. 279-295, 1957.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FRIEDMAN, Milton. *The methodology of positive economics*. Essays in positive economics. Chicago: University of Chicago Press, p. 3-16, 30-43, 1966.

GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noção essencial do princípio da proporcionalidade*. Revista Ciência Jurídica –RCJ, v. 23, nº148 jul. / ago. 2009, p. 170-188.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg, New Baskerville: The MIT Press, 1996.

KITCH, Edmund W. *The intellectual foundations of “Law and Economics”*. Journal of Legal Education. n. 33, p. 184-196, 1983.

KLATT, Matthias. *Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion*. Ratio Juris, vol. 20, n. 4, p. 506-529, dez. 2007.

KRECKÉ, Elisabeth. *Economic analysis and legal pragmatism*. International Review of Law & Economics. v. 23, n. 4, p. 421-437, dez. 2003.

LA TORRE, Massimo. *Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation*. Ratio Juris. v. 15, n. 4, p. 377-402, dez. 2002. Legal Source, EBSCOhost. Acesso em 29 jan. 2014.

MACKAAY, Ejan. *Schools: General* in Online Encyclopedia of Law and Economics, item 0500. Disponível em <http://encyclo.findlaw.com>. Último acesso em 15 de jan. 2014.

MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiro*. Cadernos de Direito, Piracicaba, 3(5): 15-45, jul./dez. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



MERCURO, Nicholas. *The jurisprudential niche occupied by law and economics*. Journal Jurisprudence. v. 2, p. 61-109, 2009. Legal Source, EBSCOhost. Acesso em 16 jan. 2014.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism and beyond*. Princeton University Press. 2a ed. 2006.

PAVLAKOS, Georgios. *The special case thesis. An assessment of R. Alexy's discursive theory of law*. Ratio Juris, vol. 11, n. 2, p. 126-154, jun. 1998.

POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of law*. 7a ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard. *The decline of Law as an autonomous discipline: 1962 – 1987*. Harvard Law Review v. 100, n. 4, p. 761-780, fev. 1987.

REZENDE LARA, Fabiano Teodoro. *Análise Econômica do Direito como método e disciplina*. Ecivitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH. Belo Horizonte, vol. I, no 1, nov-2008. Disponível em: [www.unibh.br/revistas/ecivitas](http://www.unibh.br/revistas/ecivitas). Último acesso: 18.jan.2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia?* Cadernos de Direito GV, caderno nº 22, vol. 5, n. 2, março de 2008.

SHAPIRO, Martin. *Juridicalization of Politics in the United States*. International Political Science Review (1994), Vol. 15, n. 2, p. 101-112.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. The Belknap Press of Harvard University Press. 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. *Proportionality balancing and global constitutionalism*. Columbia Journal of Transnational law. v. 47, n. 1, p. 72-164, 2008.

TOLEDO, Cláudia. *Teoria da argumentação jurídica*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan-jun de 2005, pp. 47-65.

VICK, Douglas W. *Interdisciplinarity and the Discipline of Law*. Journal of Law and Society. v. 31, n. 2, p. 163-193, jun. 2004. Legal Source, EBSCOhost. Acesso em 20 jan. 2014.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal. v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.