

O argumento econômico na análise judicial



Douglas Camarinha Gonzales

Juiz Federal. Mestre em Direito de Estado pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Especialista em Direito Penal pelo IBCCRIM/Universidade Coimbra. Professor de Direito do IDP/SP e do Federal Concursos.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A dialética entre Direito e Economia. 3. As contribuições dos economistas. 4. A neo-hermenêutica e o argumento econômico. 5. As políticas públicas e o argumento econômico em juízo. 6. A ideia de sistema: o argumento econômico e sua aplicação prática. 7. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A presente exposição propõe-se a ponderar sobre a influência do argumento econômico na análise das demandas judiciais, sua repercussão no raciocínio jurídico, mediante o necessário entrelaçamento da Economia no Direito. Procura-se, assim, tecer uma reflexão, fiel à experiência pragmática das decisões judiciais, seus fundamentos e linha de axiologia para expor qual a influência determinada

pelas bases da Economia, com amparo no conceito de utilidade econômica ao sistema jurídico.

Vê-se, pois, a opção epistemológica delineada no presente trabalho para examinar a interação entre Direito e Economia, sob uma análise macro do fenômeno, no intuito de conferir melhor visão à interpretação, quer quanto às suas origens e limites, quer quanto às suas consequências – sem qualquer menoscabo à magnitude da Economia na realização do Direito.

O artigo busca escalonar as diferentes discussões erigidas no âmbito nacional e internacional das vertentes modernas de estudo interdisciplinar de ambos os ramos da ciência: humanas/política de um lado; e da macroeconomia, vista sob a sua aplicação de método e raciocínio econômico de outro, para assim, conferir-se ênfase ao argumento econômico em juízo, situando a questão no seio da interpretação constitucional.

Tal ilação vem ao encontro dos apontamentos de Bruno Salama, segundo o qual, o argumento econômico já está inserto nas decisões judiciais implícita e explicitamente, tal como numa metáfora imperfeita, a pressão atmosférica nos exercícios de um atleta; e, como tal, o argumento econômico é partícipe do sistema jurídico, em decorrência do nosso regime de produção e dos próprios princípios constitucionais.

O estudo segue para explicitar as vertentes econômicas de maior relevo no pensamento econômico que influenciam a orientação jurídica e a formulação de políticas públicas, ou sua eventual revisão judicial.

Ilustra-se, ainda, os argumentos com a retórica jurisprudencial sobre o assunto, em face de decisões nacionais e internacionais de vanguarda sobre o tema, para, assim, explicitar a influência desse quadro à judicatura nacional.

O ensaio procura, dessa maneira, exprimir as maiores preocupações apontadas pela simbiose fática-econômica entre os institutos jurídicos e sua aplicação na sociedade de mercado; bem como a necessidade de sua compreensão em um contexto macro social; apontando a repercussão do resultado dessa simbiose muitas vezes necessária entre Direito e Economia para o fim de aferir a funcionalidade do sistema frente às diretrizes constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Tal construção busca conferir uma visão crítica e construtiva ao sistema do Direito Econômico, ainda em formação, na tentativa

de melhor situar o intérprete nas inferências da Economia no Direito e sua recíproca, numa visão sistemática de funcionalidade.

Examina-se, assim, a natureza jurídica dessas normas, seus desdobramentos e as suas consequências à sociedade e ao País.

A discussão, ainda, é enriquecida com as implicações jurisprudenciais de múltiplos exemplos nas diferentes áreas do Direito. A relevância do tema se expressa com muito mais ênfase que se imagina – tanto assim que um novo perfil de Estado se desenhou, através do *New Deal*; o próprio *impeachment* ocorrido em 2016, em face das “pedaladas fiscais” e a transgressão à Lei de Responsabilidade Fiscal (com deliberação meramente política); o julgamento da inconstitucionalidade da desaposentação são exemplos extraordinários da relevância do argumento econômico implícita ou expressamente no discurso jurídico estatal e na própria relação estatal na Economia.

2. A dialética entre Direito e Economia

De início, há de se registrar a relevância das relações entre Direito e Economia nos diferentes setores dessas ciências. A interação é intensa, pois ambas regulam a vida do homem em sociedade, o primeiro num aspecto *lato*; ao passo que a Economia nas relações de troca na sua amplíssima dimensão. Nessa perspectiva, ambas são ferramentas de estudo da interação do homem com o Estado e o mercado, enfim, a interação do homem entre si.

Vê-se, pois, que o exame do Direito deve necessariamente levar em conta a realidade econômica do mercado (despesas x recursos finitos), justamente para otimizar o papel regulador da sociedade. E, de sua vez, a Economia só tem raízes sólidas mediante o funcionamento das instituições estatais devidamente regidas pelo Direito, o que confere credibilidade às suas instituições, como o crédito, a segurança institucional da troca, a fluidez saudável dos contratos e a própria propriedade.

Em termos ilustrativos, a lei para melhor regradar o comportamento humano deve necessariamente levar em consideração a realidade de mercado para embasar o regramento jurídico em cotejo ao custo social. Assim, quando, por exemplo, o legislador quiser implantar medidas antipoluidoras a determinadas atividades empresariais, como a necessidade de instalar filtros industriais, deverá impor sanções significativas às empresas, de forma que o benefício econômico do empresário ao não trocar/implantar o filtro seja menor que o custo de medidas de combate à poluição; entretanto, as sanções devem também ser proporcionais, para não inviabilizar a atividade econômica. Outra medida que corroboraria tal dever jurídico seria a possibilidade legal de conferir publicidade às atividades do poluidor, de forma que a clientela de seus produtos poderia melhor aferir a conduta empresarial ética daquele que assim o faz.

A mesma situação ocorre com as técnicas de tributação, pois o legislador deve planejar a tributação de tal forma que não iniba a atividade empresarial local frente aos demais agentes econômicos internacionais, sob pena de arrefecer o ânimo do empreendedor.

Por sua vez, a atividade judicial de conferir aplicação prática ao Direito na solução de litígios só será legítima quando levar em consideração a realidade econômica subjacente ao contrato, pois a Economia das relações é inerente ao Direito. Assim, exemplificativamente, eventual interpretação jurídica que procrastine demasiadamente o despejo implicará na elevação significativa dos aluguéis, a ponto de prejudicar além do inquilino, a própria atividade econômica do País.

Daí a constatação de André Franco Montoro Filho baseada no incentivo individual, em particular o financeiro, como orientador do comportamento humano. Pondera o autor, que o sucesso das economias de mercado e o fracasso das economias de

planejamento central são, em grande parte, explicados pelos corretos incentivos presentes nas economias descentralizadas de mercado.¹

Enfim, o jurista deve ter em mente que o sucesso da realização do valor amparado pela norma precisa estar afinado com a realidade econômica subjacente.

Exatamente em razão da realidade econômica e a importância da economia de mercado, a jurisprudência sensível à observação do argumento econômico em juízo sedimentou a necessidade implacável da correção monetária, como expressão lídima do direito em litígio; a criação da figura da lesão, vício do ato jurídico; da revisão contratual, quando presentes situações econômicas imprevisíveis que impeça o contratante de dar continuidade ao contrato; da ilicitude do cartel e do *dumping*, entre outros institutos jurídicos. Institutos esses criados através de uma interpretação econômica do Direito.

De outro lado, a Economia requer para sua legítima atuação na sociedade a correção de seus vícios no regime capitalista, tido por consenso como eficiente e pragmático; contudo, excludente e carecedor de regulação. Justamente por isso, o Direito intervém nas relações econômicas para corrigir tais imperfeições. A própria Constituição Federal resguarda em Título próprio as diretrizes gerais que fundam a economia do País, cujos princípios e normas são pauta de interpretação do jurista ao analisar questões econômico-jurídicas.

Nesse passo, a intervenção do Estado no mercado ocorre como agente normativo e regulador com o objetivo de induzir os agentes econômicos a um comportamento gerador de eficiências, condicionando as forças de mercado rumo à livre concorrência, à defesa dos consumidores, à função social da pro-

¹ MONTORO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo; PILAGALLO, Oscar. *Direito e economia*. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2008, p. xiii.

priedade, visando impedir o abuso do poder econômico.

É esse o fio condutor traçado pelo constituinte, ao estabelecer de um lado o valor fundante de nossa ordem econômica na valorização do trabalho e na livre iniciativa (art. 170), mediante a aplicação (1) do princípio da soberania nacional na condução da política pública econômica ao um conceito de interesse para o País, de sorte que a integração mundial deve respeitar essa premissa; (2) a propriedade privada como marco do capitalismo, como sede de produção de empresas, cujo lucro é um valor legítimo; (3) a função social da propriedade, linha condutora desses dois últimos, próprio da linha evolutiva da propriedade, com as restrições de uso impostas pelo ordenamento jurídico, de sorte a determinar deveres tanto ao titular da propriedade para seu uso em consonância com o interesse coletivo, como do Estado ao restringir a propriedade, deverá fazê-lo, com a devida indenização.

Resta, ainda, dizer que a simbiose econômica no Direito só é real quando houver efetiva interdisciplinaridade na análise das atividades, o que representa mais do que uma sobreposição de dois pontos de vista.² Essa integração exige mutualidade de visão de disciplinas para tratar o conhecimento tanto aos olhos da Economia como do Direito – e tal observação pode apontar caminhos de pesquisas e métodos em paralelo, mas complementares.

Para tanto, há de se averiguar as contribuições dos economistas e a principais correntes de pensamento na interação com o Direito.

3. As contribuições dos economistas

A História mundial é fértil na convivência de reivindicações e transformações da relação dialética do Estado na economia,

a ponto de traçar regimes políticos do próprio Estado, em decorrência do nível de intervenção estatal no mercado, onde se define o próprio perfil de regime da sociedade, com viés de direita ou esquerda – capitalista neoliberal, liberal, social ou comunista.

Dada a limitação do presente trabalho, o estudo restringe-se aos marcos de notáveis economistas do último século e os seus influxos de intervenção do Estado na economia e no planejamento da sociedade, e, como tal, no Direito.

3.1 Keynes

Antes da quebra das Bolsas Americanas – a Grande Depressão de 1929 –, vivenciava-se o apogeu do idealismo do capitalismo livre, baseado na máxima *laissez faire, laissez passer*,³ a qual pressupunha que a mão invisível do capitalismo firmaria situações de plena eficiência e riqueza. Contudo, essa ideologia instalou um “reino de não poder”, de forma que o sistema capitalista delineou seu próprio tropeço com a eclosão da crise de 1929 – com a quebra da Bolsa de Nova York –, ocasionado justamente em razão da ausência da regulação estatal.

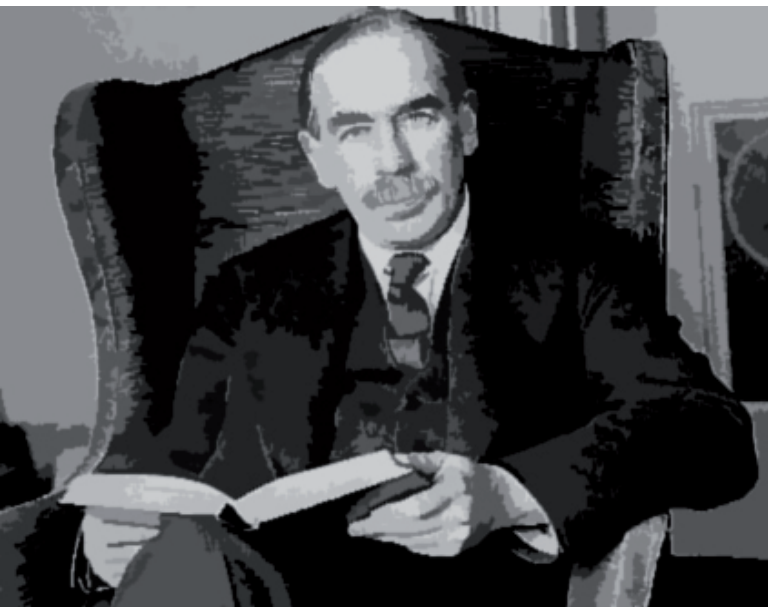
Foi o economista John Mayard Keynes quem trouxe nova visão da participação do Estado na economia, sobretudo em face da grave crise que o Ocidente atravessou com o colapso das Bolsas de Valores nos EUA.

A partir de então, houve mudanças significativas no modelo estatal que acolheu os argumentos de Keynes, em prol da intervenção do Estado na economia para implantação de obras públicas e assistenciais, a fim de fomentar a economia, o chamado *New Deal*,⁴

² ESTEVES, Heloísa Lopes Borges; MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Os desafios da interdisciplinaridade em Direito & Economia*. Disponível em: <www.ie.ufrj.br/dacenterie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto2009.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

³ Máxima do pensamento liberal sintetizada em francês pelos Iluministas, cuja tradução livre “deixa fazer e deixar passar”, consubstancia a ideia de Estado neutro e não intervencionista na Economia, sob a falsa ideia de que a mão invisível da iniciativa privada estabelece as melhores condições ao mercado pela força da livre iniciativa.

⁴ Cuja tradução livre é o “Novo Pacto Social”.



que ensinou um novo modelo de federalismo econômico, baseado na cooperação dos entes federados para intervir na economia e implantar programas e planejamento comum aptos a resgatar o capitalismo.

Para superar a crise, Keynes defendia a ação do Estado na economia com o objetivo de atingir o pleno emprego. As *principais características do Keynesianismo* são:

- Defesa da intervenção estatal na economia, principalmente em áreas onde a iniciativa privada não tem capacidade ou não deseja atuar.
- Defesa de ações políticas voltadas para o protecionismo econômico.
- Defesa de medidas econômicas estatais que visem à garantia do pleno emprego. Este seria alcançado com o equilíbrio entre demanda e capacidade de produção.

O impacto do trabalho de Keynes, “The General Theory of Employment, Interest and Money” (Teoria Geral do Emprego, do Juro e do Dinheiro), sobre o pensamento político e a formulação da política econômica repercutiu em quase todas as nações capitalistas.

Antes de Keynes, vigorava na “Microeconomia” o pensamento de que as forças de

oferta e de procura provocariam automaticamente ajustes para o equilíbrio em todos os preços e valores, plena utilização dos fatores de produção e um preço de equilíbrio para o uso de cada um. Tanto assim que os desvios desses níveis eram considerados temporários.

De modo geral, a análise anterior do preço e do valor assentava-se em hipóteses baseadas no *laissez faire* e a aplicação de tal teoria implicava uma política de *laissez faire* e a perfeita mobilidade dos fatores no seio de uma economia autorreguladora.

Grosso modo, Keynes lança uma outra visão, da “Macroeconomia” ao se preocupar com os custos e poupança dos totais ou agregados. Tratava da renda nacional total segundo é afetada pelos gastos e poupanças totais, ao sintetizar que a Microeconomia está incorporada a esta. Observa o comportamento da economia total e reconhece que o dano de uma das partes é prejudicial ao todo.

A ideia de fluxo é da mais alta importância pelo fato de que a renda total nacional da sociedade deve ser mantida em certos níveis para garantir os níveis desejados de investimentos, economias e emprego. É uma espécie de conceito de equilíbrio geral no total todo elemento da economia depende de todos os demais elementos.

Contrariando a Microeconomia, Keynes não aceita ingenuamente o *laissez faire*, considera-o, em verdade, uma filosofia falaciosa, pois responsável pelas violentas perturbações no nível das atividades comerciais e pelo desemprego subsequente. Já o “calcanhar de Aquiles” em sua teoria é o efeito inflacionário de uma política econômica com frouxidão orçamentária, como ocorrera na maior parte dos países europeus pós-guerra.

O prestígio de Keynes foi incorporado com relativo sucesso pelo Governo de Roosevelt nos EUA para reerguer a economia americana. Sua teoria é consideravelmente referência na dicção de alguns institutos do direito público e privado, seja no Direito Constitucional, Direito Administrativo, Di-

reito Falimentar, Tributário, entre outros. Sua abordagem foi precursora na análise institucional do Direito, estabelecida por Veblen e Commons, ao focar a relevância das instituições, já que esses condicionam o comportamento humano individual e socialmente.

Esses últimos anotam que as instituições auxiliam a investigação da forma pela qual as instituições podem afetar e alterar a disposição dos indivíduos e suas preferências ao formar ou alterar hábitos sociais e as próprias regras a ser incorporadas pelos indivíduos.

3.2 Thomas Piketty e Ha-Joon Chang

Talvez dentro dessa década, o livro do francês Thomas Piketty, *O Capital no século XXI*, tenha sido o de maior impacto entre os leitores, quicá em face de suas constatações ou eventualmente como a forma com que estudou a fundo o fenômeno da desigualdade social, sob o viés econômico, segundo a História Europeia/americana dos últimos 300 anos, com significativas projeções sobre o futuro do capitalismo e o papel do Estado e da sociedade na distribuição da riqueza.

Seu estudo sobre a concentração de riqueza e a evolução da desigualdade é fruto de quinze anos de pesquisas e se apoia em dados que remontam ao século XVIII, sobretudo na Europa (Alemanha e Inglaterra), com conclusões impactantes baseado no empirismo que se propôs.

Ressalva que o crescimento econômico e a difusão do conhecimento impediram que fosse concretizado o cenário apocalíptico previsto por Karl Marx no século XIX, sobretudo em face do crescimento da produtividade e da difusão do conhecimento que permitiram o aumento da riqueza mundial total – em que pese a sua dificuldade de distribuição, já que não se alterou a estrutura do capital e sua importância em face do trabalho. O livro não agasalha diretamente teses de Marx ou de Keynes; simplesmente procura fazer uma

constatação histórica empírica da desigualdade, seus vetores prós e contras.

De um lado, expõe que as razões da conjuntura histórica do capitalismo são tendentes a criar um círculo vicioso de desigualdade,⁵ pois, no longo prazo, a taxa de retorno sobre os ativos é maior que o ritmo do crescimento econômico, o que se traduz numa concentração cada vez maior da riqueza. Explica esse fenômeno através de leis do capitalismo.

A primeira trata da riqueza geral produzida em um determinado período e o percentual dessa que é relativa ao capital e ao trabalho; segundo o estoque da relação capital/renda = Beta. Aponta, assim, quantas vezes o estoque de capital é superior à apropriação da renda (que é contabilmente equivalente à produção). Eis a regra: $\text{Alpha} = r \times \text{Beta}$.

Onde Alpha é a participação do capital na renda nacional, r é o retorno do capital e Beta é a relação de estoque de capital/renda. Nos países europeus, Beta gira em torno de 600%, ou seja, o estoque de capital é de 600% da renda; alfa média de 3 a 5% ao ano.

5 “A redistribuição moderna: uma lógica de direitos
Em suma, a redistribuição moderna não consiste na transferência de riqueza dos ricos para os pobres, ou pelo menos, não de maneira tão explícita. Ela consiste em um financiamento dos serviços públicos e das rendas de substituição de forma mais ou menos igualitária para todos (...) A redistribuição moderna é construída em torno de uma lógica de direitos e um princípio de acesso a certo número de bens julgados fundamentais.
(...) O artigo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789 anuncia também: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” e traz logo em seguida a seguinte explicação: “As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Trata-se de uma adição importante: a existência de desigualdade como bastante real é mencionada na segunda frase, após a primeira afirmar o princípio da igualdade absoluta. (...)
A segunda frase do primeiro artigo da Declaração dos Direitos de 1789 tem o mérito de fornecer uma resposta possível a essa pergunta, pois reverte de alguma maneira o ônus da prova: a igualdade é a norma, a desigualdade é apenas aceitável se for fundamentada sobre a “utilidade comum”. (PIKETTY, Thomas. *O capital no séc. XXI*. Trad. Monica de Baulle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 466/468 e 612)

Pontua o economista que a relação de estoque de capital/renda mudou pouco ao longo dos últimos 300 anos, atualmente o capital é entre 5 e 6 vezes o valor da renda nacional, um pouco abaixo do que fora no séc. XVIII e XIX, quando estava entre 6 e 7 vezes. Prolonga, assim, o estudo, consoante uma fórmula de longo prazo (cerca de 40 anos), segundo a taxa de poupança(s) da nação e o crescimento da economia. Eis a fórmula: $Beta = s/g$.

Assim, se a taxa de poupança for de 12% e a taxa de crescimento for de 2%, no longo prazo $Beta = 600\%$, o que quer dizer que o capital acumulado será seis vezes a renda nacional. Expressa, assim, a importância do crescimento econômico para a distribuição da renda. E, de tal forma, em períodos de baixo crescimento, a herança ganha grande relevância.

Piketty foca o estudo na desigualdade sobre três ângulos: i) desigualdade da renda do trabalho; ii) da propriedade de capital (riqueza) e a renda vinculada a essa; iii) e a total, a intersecção dessas.

Elucida-se que a distribuição de capital é mais desigual que a do trabalho, para todos os países, em qualquer tempo, fomentada pela herança e seus efeitos cumulativos.

Alerta o estudioso para a tendência de estoque capital/renda ($Beta$) aumentar na última década, o que representaria um retrocesso na divisão de renda total, tal como fora o séc. XIX, sobretudo em face da participação dos 10% e 1% mais abastados.

Aponta entre os principais acontecimentos de distribuição de riqueza nos últimos séculos: 1) o crescimento econômico propriamente dito; 2) a intervenção estatal na distribuição de riqueza, principalmente através de um planejamento legal, cujos maiores destaques foram: a) a instituição do Regime de Previdência; b) sistema tributário equilibrado e funcional para as empresas e às pessoas físicas, bem como a efetiva tributação da herança; c) legislação que incentive o equilíbrio de ganho entre capital e trabalho;

3) acontecimentos políticos inusitados, como exemplo, as Grandes Guerras do séc. XX remanejaram a riqueza existente no continente europeu, como nunca visto.

Porém, os registros históricos demonstram que situação de desigualdade extrema pode levar a um descontentamento geral e até ameaçar os valores democráticos – pois a crença do sistema meritocrático de ascensão social está em xeque em face das estatísticas econômicas apontarem que a igualdade de direitos e oportunidade não avança significativamente para a distribuição de riqueza. Realça, assim, novas formas de intervenção política, quer na tributação do capital (mundialmente), quer na redescoberta de gestão da dívida pública.

Piketty defende, desse modo, tanto a tributação da herança (capital), como de outras formas de capital financeiro, cujos desdobramentos no Direito Tributário, Financeiro, Societário e Internacional repercutirão suas assertivas num futuro de curto e médio prazo para um planejamento legal mais eficaz em prol do bem comum em sentido mais amplo. A reflexão desses temas será essencial ao desenvolvimento econômico mundial e para um autêntico desenvolvimento comercial e de produção.

Nesse mesmo viés futurista, o Professor de Cambridge Ha-Jo Chang,⁶ de origem coreana, lança críticas aos conceitos triviais do neoliberalismo, ao criticar a visão míope de curtíssimo prazo reivindicada pelo capitalismo de acionista que distorce o planejamento industrial e empresarial. Defende, assim, intervenções logísticas estatais ou corporativas institucionais no liberalismo desenfreado para correção de imperfeições do sistema.

Das suas obras de maior destaque, *Derrubando a Escada* e *23 Coisas que você deveria saber sobre Capitalismo*, o coreano desterra velhas máximas que a grande mídia

6 CHANG, H. J. *23 things they don't tell you about capitalism*. New York: Bloomsbury Press, 2010.

procura rotular ao sistema. Entre essas, aponta que o conceito de livre mercado, tal como pregam os puritanos é ilusório, porquanto baseado em competições severas de oligopólio do setor.

Anota que o governo americano está envolvido no desenvolvimento da economia americana. Logicamente, os americanos espalham esse mito de que os EUA são o país do mercado livre e da mínima interferência do governo, mas, desde o começo, no século XIX, os EUA eram a economia mais protecionista do mundo, com taxas de importação de 40 a 50%.

Demonstra que mesmo no final do século XX, quando os EUA se tornaram a maior potência industrial e não precisavam dessas medidas para desenvolver as chamadas “indústrias nascentes”, o governo americano se empenhou muito em promover a inovação tecnológica e as novas indústrias com o financiamento de pesquisas na área de defesa e saúde. Destaca a intenção governamental de impor um ímpeto intencionalmente competitivo às indústrias americanas, já que até a *internet* foi projetada pelas Forças Armadas.

Entre as correções às imperfeições, prega a criação de uma política com mentalidade de longo prazo para firmar base de uma produção sustentável com um mínimo de logística de apoio à indústria e ao serviço nacional, bem como a organização da sociedade e das corporações para apresentar módulos de desenvolvimento.

Defende, assim, mecanismos de correção do sistema capitalista de ordem normativa, regulatória e institucional (para impedir surgimento de oligopólios).

Entre esses tantos, podemos citar a Lei de Recuperação Judicial Brasileira, pois representa uma válvula de respiro na máquina capitalista em prol do próprio sistema empreendedor, justamente para amortecer a rigidez das consequências imediatistas do momento do mercado em crise. Sua repercussão

reequilibra o sistema para reverter situações imprevisíveis e de manifesto prejuízo ao empreendedor. Sua importância é fulcral ao sistema capitalista para manter a saúde do sistema, frente aos riscos da ausência total de intervenção estatal. E, segundo os economistas modernos, constitui a salvaguarda da distribuição de riqueza do círculo mais abastado (maiores credores) aos empreendedores ordinários (o menos abastado), tanto assim que devolve a funcionalidade ao todo, mediante um mínimo de redistribuição dos ativos.

3.3 Richard Posner

Fiel à metáfora⁷ do espírito colonizador da análise econômica do Direito, ou em outros termos, do realismo norte-americano sobre a dogmática jurídica, cuja invasão assemelha-se a de um império – a sede não seria Roma, mas Chicago, em razão da Escola Econômica de Chicago, com alusão à obra do historiador inglês Edward Gibbon sobre o Império Romano – cujo apogeu se humaniza na figura de Richard Posner (Professor de Chicago e Harvard e Juiz da Suprema Corte de Illinois), conforme ilustra Bruno Salama, essa assertiva não é inteiramente verdadeira.

Deveras, se de um lado Posner originalmente realça com ênfase a utilização do *critério de eficiência como fundação ética para o Direito*, essa assertiva não anda sozinha no universo jurídico, mas representa uma estrela que inspira o aplicador do Direito. Após vários anos de reflexão, o jurista cede seu hermetismo para considerar essa aplicação entre várias outras, à luz do pragmatismo real da *common law*⁸ na realização do Direito.

De qualquer sorte, em seu purismo, prega que a descrição do Direito norte-americano

7 SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 27 out. 2016.

8 Nomenclatura usual utilizada pelo Direito anglo-saxônico que se baseia nos usos e costumes e na racionalidade da jurisprudência.

em bases microeconômicas, a chamada análise “microeficientista” do Direito; e, de outro, prega o praticalismo na análise do Direito.

Seu trabalho faz uso de ferramentas da Economia (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para analisar os efeitos de decisões jurídicas sobre o mercado. É nessa lógica consequencialista da Análise Econômica do Direito que se encontra o núcleo do pensamento Posneriano.

Em suas palavras: nos últimos anos, a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de “Direito e Economia” (*Law and Economics*), como se costuma chamar a Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*).⁹

Ou seja, esta escola de pensamento tenta, entre outras coisas, aproximar o conceito de Justiça à teoria econômica de maximização de riqueza. Unindo elementos do utilitarismo de Bentham (que pregava a maximização individual da felicidade) – dada a consequência do eficientismo na análise do comportamento em foco – e dos imperativos éticos deontológicos de Kant (dois dos principais sistemas éticos existentes), para prestigiar condutas da palavra e do trabalho.

Posner prega, originariamente, que o Direito da *Common Law* norte-americano é estruturado para permitir a aplicação do eficientismo, cuja tônica é a maximização da riqueza na sociedade.¹⁰ Categoriza os institutos jurídicos da propriedade, como formador de riqueza e prega meios para sua interação econômica, através dos contratos e da teoria da responsabilidade civil, cujos institutos são forças motrizes para permitir corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

Sob a vertente de Bruno Salama,¹¹ o que filósofo americano (Posner) propôs é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do Direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras e interpretações que não a promovam são injustas.

Prossegue o estudioso ao registrar que Posner arrefeceu na concepção estrita do eficientismo, em face das críticas recebidas e do amadurecimento da carreira, para uma análise mesclada do pragmatismo na solução de problemas complexos. Transfere, assim, para a cultura nacional a aplicação do argumento econômico, como um vetor ideológico, pois decorrente da estrutura jurídico-política do nosso País.

Salama elucida que os ensinamentos de Posner são admitidos na análise judicial, sobretudo no Direito Empresarial, para a aplicação da responsabilidade civil sobre aquele que detém melhores condições de afastar o risco – *Risk bearer* – ao citar decisão da TJSP que responsabilizou o lojista na assunção do risco de um cartão clonado em seu estabelecimento, já que detém melhores condições operacionais para controlar e prevenir o risco de ardis, em contrapartida à instituição financeira do cartão de crédito.¹²

Deveras, tal concepção confere maior eficiência nas relações obrigacionais, porquanto confere à boa-fé do contratante uma interpretação condizente aos costumes do País e suas práticas de mercado, decorrente ainda da ética econômica e jurídica.

9 POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2007.

10 *Ibidem*, p. 25.

11 SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner*. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em: nov. 2016.

12 CUEVAS, Ricardo Villas Boas (Coord.). *Seminário teoria da decisão judicial*. Brasília, 23, 24 e 25 de 2014, p. 33-34.

O pensamento de Posner reflete, talvez, de modo mais incisivo as contribuições econômicas em sua projeção jurídica, cuja vertente de maior expressão é a própria Teoria Geral do Direito.

Relevante, ainda, registrar os trabalhos de Kaplow e Shavell – *Economic Analysis of the General Structure of Law* – até como forma de apurar o critério de escolha em comum entre juristas e economistas evoluem a ideia do eficientismo puro para uma medida de *bem-estar* da política pública (baseada na agregação de bem-estar dos indivíduos na sociedade) como forma de avaliar normas e políticas públicas, quer no âmbito de legitimidade jurídica como econômica.

Essa assertiva trabalha melhor com o critério normativo de justiça e equidade – próprios dos mecanismos ortodoxos do Direito – pois, o aumento do bem-estar dos indivíduos é um objetivo real no Estado de Direito da maior parte dos países. Agregase, pois, uma conotação social política, o que representa um *plus* ao conceito de eficiência, situação que aproxima valores disciplinares distintos em face de uma medida comum em ambas as ciências.

3.4 Oliver Hart e Bengt Holmstrom

Titulares da comenda do prêmio Nobel de 2016, maior honraria da área econômica, patrocinada pelo Banco Central da Suécia, os economistas desenvolveram estudos na Teoria dos Contratos, dada a contribuição científica para a compreensão do comportamento econômico de indivíduos e organizações na otimização de resultados para si e para a sociedade.

O brilhantismo de suas conclusões – em singela síntese que não retrata o original – é a de que os contratos só atingem seu fim, quando bom para ambas as partes; só assim, atingir-se-á sua função econômica em prol da sociedade.

Partem da premissa que os contratos

em geral são imperfeitos, pois inviáveis de mensurar todo o revés econômico e álea conjuntural, cuja conclusão é que a sociedade estabelece contratos imperfeitos e aquele que tem a prerrogativa de completar essa lacuna (direito de decidir), em face da imprevisibilidade dos fatos, tem maior poder de barganha contratual – com significativas implicações econômicas e, como não, jurídicas (a serem desvendadas pela doutrina).

Contratos incompletos podem ser preferíveis mesmo em situações previsíveis por deixarem espaço para agentes barganharem soluções inovadoras que não estavam ou não poderiam ser previstas.

Nesse passo, deve-se deixar algum espaço para que as partes efetivamente deliberem a completude do contrato; asseguram-se às partes a escolha de diversas opções ofertadas – e daí o peso de se aferir se contrato em pauta pode proporcionar tal opção, o que ocorre nos contratos educacionais, mas não ocorre efetivamente na prestação de serviços prisionais. Logo, os economistas apontam que, presente essa hipótese, em tese o contrato terá melhores opções de continuidade.

Segundo os economistas, o direito de decidir permite que você tome uma recompensa maior sob certas circunstâncias e pode afetar os incentivos econômicos/contratuais.¹³ Os direitos de decisão também podem ser vistos como uma alternativa à remuneração relacionada com o desempenho.

As ideias de Hart podem ser aplicadas a várias áreas, incluindo as relações entre uma empresa e seus fornecedores, bem como a melhoria do bem-estar, abordagens para a propriedade pública de escolas e hospitais. A falta de elementos específicos nos contratos poderia encorajar uma maior integração dentro de uma cadeia produtiva e um indivíduo possuir os outros elementos da cadeia.

¹³ Sob esse viés, a reforma educacional do Ensino Médio ampara maiores possibilidades de complementação do estudo, segundo a preferência de foco do estudante.

Como exemplo das ideias de Hart, vale a dinâmica contratual dos serviços do setor público, segundo a questão: até que ponto é favorável a intervenção estatal para otimizar a prestação que a sociedade carece – ou melhor, se o Estado deve possuir os provedores desses serviços, i.e., a prestação de serviços prisionais. A questão principal é como conciliar qualidade e custos, e os incentivos do governo e propriedade privada desses serviços, uma vez que estes podem representar uma troca.

Simplificando, se cortes de custo fere a qualidade do serviço de tal modo, os governos devem prestar os serviços – a intervenção estatal é necessária.

O trabalho de Hart com Andrei Schlei-fer e Robert Vishny indica que os incentivos dos empreiteiros privados para redução de custos são tipicamente muito fortes. Além disso, se a concorrência for ineficaz, o governo também deve prestar serviços básicos. O trabalho de Hart pode ser generalizado para outros campos das ciências sociais em que os contratos importam.

Um fio comum e importante no trabalho de Hart e Holmstrom é o papel do poder no planejamento de empreendimentos cooperativos. Indivíduos ou empresas com a capacidade de suportar arranjos entre os contratantes representam um poder que lhes permite capturar mais do valor gerado por um esforço cooperativo e potencialmente afundá-lo inteiramente, mesmo se o empreendimento traria grandes ganhos para todos os participantes e para a sociedade como um todo – tal como o Presidente da companhia ou o acionista majoritário.

Justamente por isso, os contratos existem para moldar as relações de poder. Em alguns casos, eles estão lá para limitar o exercício do poder do controlador para que um empreendimento possa avançar. Em outros, eles têm a intenção de criar ou proteger certas relações de poder, a fim de incentivar o bom comportamento: trabalhadores ou empresas com o direito de sair de um relacionamento,

por exemplo, forçar outras partes dessa relação a ter em conta os seus interesses.

Vê-se, pois, a relevância da contribuição da análise econômica dos contratos para vasta área do Direito e da concepção da medida intervenção do Estado e seu regramento, em especial, no próprio Direito Econômico, Societário, Administrativo e do Trabalho.

4. A neo-hermenêutica e o argumento econômico

Em razão das expressivas normas programáticas e diversos princípios normativos expressos na Constituição Federal, espalhados por todo texto, seja no rol dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, na “Organização do Estado” e na “Ordem Econômica e Financeira”, e na busca de se conferir mínima densidade normativa às normas constitucionais, a doutrina sedimentou a neo-hermenêutica, cuja tônica busca conferir eficácia e normatividade a essas diretrizes constitucionais.

Essa revalorização do aplicador do Direito e da própria hermenêutica surge como resposta político-social ao empobrecimento de que o jugo do positivismo exacerbado prendeu o intérprete, enclausurado no vetusto brocardo *interpretatio cessat in claris*,¹⁴ que restringiu a grandeza humanística do Direito, pois, como é sabido, a aplicação fenomênica do Direito é infinitamente mais criativa que a mente do legislador que, evidentemente, não contempla todas as soluções reais para a vida, sobretudo na hermenêutica constitucional que utiliza valores fluidos e dilatatórios para concretizar-se sobre as demais normas.

A explicativa histórica para a circunscrição à interpretação jurídica advém, em boa parte, do temor de conferir poder à Magistratura, cuja ligação à Monarquia representa resquício simbólico do *Ancien Régime*¹⁵ que a

14 A interpretação não se faz, quando a lei é clara.

15 Velho Regime (de castas sociais) que imperava antes da Revolução Francesa.

Revolução Francesa aboliu. Daí as palavras de Montesquieu que cunhou a ideologia de que os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem força, nem o rigor.¹⁶

Nesse contexto que surge a hermenêutica constitucional, sufragada pelos avanços da Teoria da Linguagem, baseada na relevância do papel do intérprete e na separação do sujeito e objeto da interpretação, na efetividade dos princípios e no embasamento dos avanços da filosofia da interpretação propagada por Heidegger e Gadamer¹⁷ onde sustentam a importância da historicidade para compreensão do texto enunciado, pois esse advém do diálogo mantido entre o texto e seu intérprete – daí a distinção entre norma e texto legal.

Essa nova abordagem interpretativa constitucional foi intensamente influenciada pelas mudanças político-sociológicas que marcaram os novos caminhos filosóficos da Teoria Geral do Direito – essa última sintetizada de modo marcante na obra de Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico. Desses apontamentos, pode-se observar que a maior guinada que ocorreu no campo da Ciência Jurídica no último século foi o efetivo avanço, ou talvez, a retomada da influência sociológica e política no mundo das normas, situação também vivenciada na construção da chamada nova hermenêutica constitucional. Contudo, essa é mero reflexo daquela, pois a primeira constatação é a causa, e, a última, o efeito. E, como tal, o fenômeno da segunda não é de todo original.¹⁸

Tercio Sampaio Ferraz Júnior¹⁹, quando faz a apresentação sobre a obra do jurista italiano Norberto Bobbio, comenta que este soube como ninguém enfrentar a crise do Direito no último século justamente em razão da mudança de paradigmas:

No âmbito da Ciência Jurídica, mais do que muitos, Norberto Bobbio soube entender que se, nos primeiros três quartos deste século, a grande preocupação foi eliminar juízos de valor no intento de construir uma teoria científica do Direito não sujeita a implicações ideológicas, agora, em compensação, recupera-se em sua esfera de interesses a experiência social e o juízo crítico sobre si mesma, oferecendo à investigação jurídica novas dimensões.

Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Bobbio mais recentemente, a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, com sua organização, sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques.

Pois bem: essa sensibilidade para a mudança, sem perder de vista as exigências da racionalidade, é uma das mais importantes características de Norberto Bobbio e a lição mais profunda que podemos extrair de seu pensamento.

Em outros termos, o Direito então visto como pura construção normativa, cuja construção simplista de aplicação era meramente dedutiva, ruiu ao fim do século passado, para então incorporar na sua interpretação e no seu fio condutor elementos humanísticos e válvulas de escape que condicionam, filtram e racionalizam o mundo das normas, os princípios, valores e paradigmas novos voltados a otimizar a sua aplicação.

16 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*: as formas de governo, federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Trad. Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 170-178.

17 Conforme interpretação de BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70, LDA.

18 GONZALES, Douglas Camarinha. *Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Estado da FADUSP. 2001, p. 80-81.

19 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1989, Introdução.

Justamente por isso, a revalorização do argumento econômico é realidade da interpretação na neo-hermenêutica, dada a sua reaproximação axiológica aos valores, embutidos na norma. Vê-se, pois, que o argumento econômico resta valorizado com essa nova abordagem interpretativa, em voga na doutrina e nos Tribunais.

Enfim, a *neo-hermenêutica* não abandona a *teoria geral da subsunção convencional*²⁰ (relevante, mas não suficiente), contudo agrega as seguintes características: 1) normatividade dos princípios; 2) efetividade das normas constitucionais, até mesmo quanto às normas axiológicas, em razão da força normativa da Constituição; 3) filtragem constitucional – fenômeno que acarreta repercussão aos outros ramos do Direito dos princípios constitucionais, de forma a interpretar seus institutos à luz da Constituição; 4) uso da tópica para interpretar os *hard cases*, até mesmo com a utilização de raciocínio indutivo.

O argumento econômico também está inserido nessa nova temática tanto no âmbito da aplicação dos princípios, como na efetivação dos valores econômicos e sociais às normas jurídicas. Assim, a evocação do argumento econômico advém, a título de ilustração, da aplicação dos princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, da livre concorrência, da subsidiariedade na intervenção do Estado na economia (CF, art. 173) e da própria razoabilidade, frente ao modelo econômico e institucional erigido pela Carta Republicana de 1988. Frise-se, ainda, que a relevância do argumento econômico tem sido sufragada por diversas decisões judiciais, bem como em políticas públicas – tema do próximo tópico.

Essa orientação pretoriana fora ex-



pressamente positivada, através da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, cujas inovações legislativas apontam para um aceno institucional ao neo-constitucionalismo, ao prestigiar valores metajurídicos no âmbito da aplicação e interpretação geral do Direito, Marçal Justen Filho com maestria destrincha em assertiva própria o seguinte:

2.3. A concepção realista da atividade de aplicação do Direito

Outro enfoque reconhece que a disciplina normativa consagra um conjunto de padrões abstratos, sendo insuficiente contemplar (mesmo implicitamente) todas as soluções para os casos concretos. A dinâmica da realidade é insuscetível de previsão antecipada, nem o legislador nem a lei são omniscientes. Por isso, a aplicação de normas gerais e abstratas envolve escolhas a serem realizadas pelo sujeito investido de competência decisória. Ainda que tais escolhas não sejam livres, a norma geral e abstrata produzirá apenas balizas delimitadoras da autonomia do titular da função de-

20 Em que pese o enfraquecimento do positivismo jurídico estrito, a doutrina destaca que não parece possível pensar uma Teoria do Direito que não seja em alguma medida positivista. É o apontamento de FIGUEIROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, n. 4, out./dez. 2007, p. 102.

cisória. Em muitos casos, haverá uma grande dificuldade em identificar tais limites.

Essa é a concepção que se reputa mais adequada para descrever a atividade de aplicação do Direito.

(...)

11.2. A previsão dos efeitos práticos

A previsão de efeitos práticos da decisão a ser adotada, para fins de ponderar os valores escolhidos, consiste num processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência.

O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. A decisão é considerada como um evento apto a produzir efeitos. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social.

(...)

15.3. A exigência de avaliação das alternativas

*É imperioso destacar que a validade da decisão que pronunciar a invalidade depende da expressa avaliação de diversas alternativas, tomando em consideração os diversos ângulos da adequação e da necessidade.*²¹

5. As políticas públicas e o argumento econômico em juízo

Quer por força da lógica do mercado e da reação dos agentes econômicos, quer em face do modelo estatal delineado pela Carta Republicana, as políticas públicas devem levar

em consideração a realidade econômica subjacente ao valor social defendido para otimizar sua realização.

Recorrendo à metáfora, tal como o vento serve ao navegador, a realidade econômica deverá ser devidamente estudada para melhor aplicação da política pública. Nesse passo, por exemplo, a política de defesa ao meio ambiente, deverá levar em consideração o proveito econômico do local em situação de exploração econômica. Justamente nesse jaez, surgiu a compra de créditos de carbono, cuja concepção busca preservar as florestas, a partir da venda de créditos de carbono para empresas que precisam recompor ambientalmente a poluição emitida – ao passo que o máximo de lançamento fica a critério de organismo ambiental estatal.

Essa reflexão econômica surgiu das discussões das Conferências Climáticas da ONU,²² com proposta de índole econômica e pragmática para otimizar a política pública de controle de poluição atmosférica e proteção de florestas.

Vê-se, pois, a utilização do modelo econômico como incentivo aos agentes econômicos para racionalizar a política pública ambiental. Utilizou-se, pois, das forças de mercado a favor do valor defendido pela norma – justamente para monetizar explicitamente o valor da proteção ambiental, como fonte de recurso *per se*.

Firma-se, pois, forças do mercado para a proteção ambiental, cuja dicção há de ser realizada com senso operacional e técnico – já que as empresas procurarão não só por valorização ética, mas também econômica, filtros e/ou tecnologia de maior eficiência para um menor custo na proteção ambiental, relativo aos crédito de carbono que terá que comprar – e da mesma forma, as áreas preservadas servem ao próprio modelo econômico, já que

21 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial, Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, FGV, nov. 2018, p. 15 e s.

22 Para maiores informações, vide o sítio: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o-quadro_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_sobre_a_Mudan%C3%A7a_do_Clima>. Acesso em: 19 out. 2016.

alcançam valor e mais valia.

6. A ideia de sistema: o argumento econômico e sua aplicação prática

Da mesma forma que na construção das políticas públicas, o argumento econômico também é considerado na análise judicial, seja implícita ou explicitamente, até como expressão de um raciocínio comum do nosso sistema produtivo,²³ consagrado pela Constituição. Daí a conclusão de Bruno Salama de que o argumento econômico é usado diretamente na fundamentação jurídica.

E, assim, não há como se distanciar de algum aprendizado da Análise Econômica do Direito – ainda que através de alguns tempos de outros critérios filosóficos e jurídicos – defendida por Posner, Calabresi, Becker entre outros, que utilizam o instrumental desenvolvido pela teoria microeconômica para analisar os comportamentos dos agentes. Partem da ideia de que as normas jurídicas criam preços implícitos para os vários comportamentos possíveis perante a lei (legais ou ilegais), e que indivíduos racionais se conduzirão, perante esses preços, como um consumidor diante de produtos a serem escolhidos de modo a maximizar seus próprios interesses.

Nesse sentido, as consequências das normas jurídicas podem ser analisadas como respostas a esses preços *implícitos*, criados pelas normas.

Esse raciocínio é válido tanto para um rompimento de um contrato (premeditado), como para uma infração econômica empresarial e até para um crime (patrimonial ou contra a Administração) na mente desses sujeitos da ação.

Naturalmente que o argumento econô-

mico não é um apontamento inexorável, já que o Direito trabalha com vários outros critérios de decisão, como a justiça, a equidade e a salvaguarda de minorias²⁴ em face das garantias individuais.

Tal ilação advém da própria ideia de sistema preconizada pelos filósofos de Direito atuais (Luhman e Reale). Deveras, como pontuado pelos por vários jusfilósofos, a seara normativa não basta por si, já que não há sentido na sua análise sem a sua base de aplicação.

Miguel Reale fundamenta a concepção do Direito na obra a *Teoria Tridimensional*

24 Tema de acirrada polêmica é o pleito de medicamentos aos entes federados. Deve-se verificar quais são as circunstâncias fáticas que circundam o pleito do jurisdicionado, qual o contexto social, econômico e cultural, para que se possa determinar qual seu sentido e qual a fixação de seu alcance normativo. Nessa esteira, há que se fazer uma leitura de cada caso litigioso colocado em julgamento, tendo-se em vista a sustentabilidade do sistema e o que representa, per se, a satisfação do direito fundamental à saúde em sua dimensão coletiva ou individual. À luz de todo o exposto, para que se tenha consubstanciamento do direito individual ao fornecimento de medicamento, devem estar presentes, cumulativamente, as seguintes condições:

- 1) A insuficiência de recursos financeiros do requerente;
- 2) A comprovada eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, somado à sua essencialidade para o tratamento;
- 3) A inexistência de tratamento eficaz e/ou correlato fornecido pelo SUS que substitua o pretendido – pois o Poder Público não tem o dever de conferir tratamento do estado da arte da medicina, cuja evolução é constante. Deve-se, assim, respeitar um equilíbrio de política pública factível à população como um todo, de sorte que a intervenção deve ser pontual quando por escolha do administrador não se socorre um nicho minoritário, ao passo que no Brasil a fixação do preço do remédio é aferida com o aval dos órgãos da União.

De modo semelhante, é o voto do Ministro Barroso no RE 566.471/RN e 657.718/MG ao definir a tese que a União não é obrigada a fornecer o medicamento não disponibilizado no SUS, fiel à política delineada pela União (única responsável para sua definição), salvo na hipótese em que incorrer 5 requisitos cumulativos: “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo”.

23 Nesse sentir fora a decisão paradigmática da Terceira Turma do STJ no REsp 1.495.920/DF, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/05/2018, DJe 07/06/2018, ao dispensar testemunhas para contratos eletrônicos.

do Direito, sob o argumento de que o campo normativo só tem eficácia e vigor através da aplicação conjunta de três elementos: fato (mundo fenomênico), valor (a ser aplicado pelo intérprete, daí sua importância) e norma propriamente dita – sob interação conjunta e dialética, fiel a uma sistemática, já que a órbita unilateral dessas não sustenta a realidade social.

É contra esses enfoques unilaterais que a Teoria Tridimensional ganha voga. Para Reale, o Direito não é apenas a norma ou a letra da lei, pois é muito mais do que a mera vontade do Estado ou do povo, é o reflexo de um ambiente cultural de determinado lugar e época, em que os três aspectos – fático, axiológico e normativo – se entrelaçam e se influenciam mutuamente numa relação dialética na estrutura histórica, o que nos faz lembrar um pouco de Hegel.²⁵

Como processo dialético, o Direito para o autor não é algo acabado, está sempre em formação. Ao contrário do historicismo tradicional que via alguma condicionante histórica, a concepção realeana é aberta, como ele próprio diz: “O Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo”.²⁶

Essa assertiva guarda sintonia com a sociologia econômica ao focar o estudo não no eficientismo puro, mas na ação econômica-social, ou seja, ação econômica que leva em conta o comportamento de outros indivíduos na sociedade, pois tanto o Direito como a Economia são subsistemas do sistema social, daí a necessidade da análise conjunta por ambas disciplinas.

No que tange às consequências do argumento econômico na análise judicial, Bruno Salama contextualiza a ideia do argumento

econômico à própria ideia do princípio da proporcionalidade, ao refletir se aquele meio jurídico é próprio para atingir um fim normativo, pois a Economia é um dos saberes que nos ajuda a construir testes de proporcionalidade.

Enfim, essa construção corrobora a orientação geral das Ciências Sociais ao prestigiar a Teoria Geral da Linguagem em um lugar central do pensamento humano, justamente para melhor refletir o campo da ação.

Para melhor ilustrar esses argumentos econômicos em juízo, recorreremos à jurisprudência para vivenciá-los de modo mais colorido.

Fiel às lições de argumentos econômicos, como o princípio da confiança e da boa-fé contratual no agir comercial, até como ímpeto do eficientismo econômico em tempos de rápida transação comercial, a jurisprudência tem atenuado os rigores burocráticos da aplicação do ato *ultra vires* (art. 1015, parágrafo único, CC) que contempla as hipóteses de abuso de poder do gestor da empresa; a própria fluidez do comércio eletrônico comunga dessa orientação, dada a dinâmica da vida empresarial enlaçar a credibilidade aos atos de seus gestores.

Em que pese a determinação legal para se conferir poderes do administrador que gerencia em nome da empresa, e, assim conferir anulabilidade para a sociedade (representada) quando seu representante atuar além dos limites do estatuto, a jurisprudência tem entendido que tal restrição só há de ser aplicada quando o contratante conhecer de tal fato, fiel à prática comercial e à eficiência das relações empresarias.

O STJ (Resp 704.546/DF) emprestou, corretamente, relevância à boa-fé do banco credor, bem como à aparência de quem se apresentava como sócio contratualmente habilitado à prática do negócio jurídico. Não se pode invocar a restrição do contrato social quando as garantias prestadas pelo sócio, muito embora extravasando os limites de

25 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

26 *Ibidem*, p. 574.

gestão previstos contratualmente, retornaram, direta ou indiretamente, em proveito dos demais sócios da sociedade fiadora, não podendo estes, em absoluta afronta à boa-fé, reivindicar a ineficácia dos atos outrora realizados.

No mesmo sentido dessa orientação contratual, é a sedimentação de jurisprudência que abaliza o conceito de função social do contrato, sob a ótica econômica de alocação de riqueza, em prol da própria sociedade. Assim, o TJ/SP (APL 0014829-07.2010.8.26.0011) considerou leonina a cláusula contratual de arrendimento em loteamento em que o compromissário comprador honrara todas avenças e tem a posse da *res*, de forma que o promitente vendedor não poderá simplesmente invocar a cláusula do arrendimento anos após o loteamento para se locupletar da valorização.

Outra inovação, tida como polêmica, fora a decisão paradigmática do STJ (REsp 1.495.920) ao dispensar testemunhas para contratos eletrônicos, ao afirmar um avanço dos contratos eletrônicos e sua mobilidade econômica, dada a certificação de chaves – instituição desinteressada.

Já um exemplo da aplicação das ideias de Hart sobre o contrato incompleto e sua completude para propiciar melhores incentivos econômicos urge apontar a decisão²⁷ do STJ (REsp 1.532.943/MT) sobre o artigo 49 da Lei de Recuperação das Empresas, segundo a qual confirma a soberania do Plano de Recuperação Judicial para relativizar as garantias reais e fidejussórias para a consecução do plano – salvo se o plano esse se inviabilizar – em prol da recuperação da empresa e a maior parte dos credores.

O julgamento retrata o pragmatismo de uma concepção de eficientismo alocativo de riqueza para a sociedade no quadrante jurídico da função social do contrato. Interessante

a perspectiva *pro societate* própria da função social do contrato, ao focar a relação não no binômio parte/réu, mas na distribuição de riqueza, feição particular da Economia – e, assim, se desvincular da concepção comutativa clássica da justiça, ao se basear na preferência de trocas de distribuição.

Já no âmbito da concorrência, economistas têm defendido a efetiva concorrência econômica entre os agentes econômicos para admitir a legitimidade de promoções de ingresso exclusivamente para novos clientes do serviço a ser explorado. Pois tal prática comercial fomenta franca concorrência entre os agentes econômicos, em crítica a Lei Paulista nº 15.854/2015 que procura cercear esse comportamento.

Segundo Bruno Salama, o Magistrado deve se atentar para os estímulos e desestímulos econômicos que sua decisão produz já que atua como agente político na dicção da jurisdição nacional.

Ainda no campo econômico concorrencial, o STF tem firmado respaldo constitucional ao princípio da livre iniciativa ao entender que a prerrogativa municipal de firmar o ordenamento territorial deve atender os princípios constitucionais, entre esses, o da livre concorrência, daí ser vedado ao Município interditar a abertura de novo estabelecimento farmacêutico do mesmo ramo econômico em área contígua/vizinha uma da outra, consoante estipula a Súmula 646 do STF.²⁸

Outro exemplo de inferência do argumento econômico para resolver litígio judicial foi o julgamento da ADI 1.946/DF, referente ao limite do salário maternidade ao teto da Previdência, oportunidade em que se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 14 da EC nº 20 que limitava o pagamento do benefício ao teto da Previdência, sob pena de

²⁷ Disponível em: <<http://www.ersadvocacia.com.br/conteudo.php?sid=44&cid=7208>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

²⁸ Súmula 646 do STF: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede o estabelecimento de estabelecimentos comerciais no mesmo ramo em determinada área”.

se limitar o salário da mulher até tal valor, já que ultrapassado esse, caberia ao empresário pagá-lo, segundo a legislação literal previdenciária.

Sabidamente, os ministros do STF ponderaram que tal seria a reação do mercado, e, sensíveis a tal situação, reconheceram a inconstitucionalidade do preceito em face do artigo 5º, I, e 7º, XXX, ambos da CF, que pregam a igualdade de direitos entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Nesse passo, foi reconhecida a inconstitucionalidade da limitação do teto ao benefício previdenciário, justamente para amparar o valor constitucional da isonomia à mulher e de uma política pública não discriminatória. Assim, o INSS cobrirá o valor que exceder o teto dos benefícios do RGPS para o gozo da licença maternidade.

Houve, pois, efetivo juízo de valor econômico jurídico das consequências dessa decisão, tal como o estabelecimento de um marco regulador de não limitação do salário da mulher, a qual o mercado certamente conferiria, em face de um ônus vindouro sobre o empregador. Nota-se, pois, a simbiose de tratamento interdisciplinar no âmbito jurídico e econômico sobre essa relação.

Sob o enfoque da concorrência econômica com opções alternativas de escolha ao consumidor, outro exemplo refere-se à disputa jurídica da regulação do *Uber*, a qual deve ser regida em prol de uma relação de distribuição de riqueza e serviços para a sociedade – preferencialmente através de um planejamento legal. Já que a sociedade está carente de opções de serviços alternativos aos táxis convencionais, justamente para conferir maiores opções à sociedade e ao mercado.

Outra jurisprudência paradigmática foi o julgamento da ADI 2.591/DF que, em última análise, determinou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias, mas excluiu de sua abrangência a definição dos custos das operações ativas e a remuneração

das operações passivas praticadas na exploração da intermediação do dinheiro na economia. Enfatizaram os Ministros que, quanto a esse aspecto, cuida-se de política pública monetária a cargo do Poder Executivo, através de sua *longa manus* – o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional –, até mesmo para fixar os juros.

Notável, portanto, a reserva explicitada no julgamento para manter incólume a política econômica e financeira própria que cuida tanto dos juros como dos ativos e passivos das instituições financeiras, situação que deve ter tratamento próprio dos órgãos técnicos governamentais.

Tal decisão encontra-se em sintonia com a firmada na ADI 4/DF que, em última análise, conferiu validade ao Parecer da Consultoria da República, segundo o qual o artigo 192, § 3º, da CF não era autoaplicável, eis que ausente lei complementar que regulasse a matéria – de forma que a norma constitucional dependia da eficácia de norma complementar, resultado final da interpretação, baseada também no argumento econômico.

Esse decorre justamente da política pública monetária e financeira, cuja repercussão deveria ser detidamente regrada pelos órgãos técnicos para basilar a futura lei complementar e futura legislação infralegal, bem como a incompatibilidade com a política das taxas flutuantes em vigor.

Legítima, portanto, a oitiva do argumento econômico para melhor dosar a decisão judicial, tal como a política pública, sem perder de foco outros valores tão importantes quanto o argumento econômico, a serem devidamente ponderados – o que não implica subjugação da decisão judicial às forças de mercado, mas sua ponderação.

Outro importante julgamento da Suprema Corte foi o reconhecimento da inconstitucionalidade da desaposentação (RE 661.256/SC) – espécie não divisada na Lei de Benefícios Previdenciária, mas criada de argumen-

tos de nova e secundária aposentadoria, após a primeira, em decorrência de outro trabalho após a concessão do benefício.

Nas lúcidas palavras do Ministro Fux, *admitir a desaposentação significa na verdade admitir uma aposentadoria em duas etapas. Seria ao fim e ao cabo, a Previdência Social financiando a própria majoração dos proventos, com evidente dano ao equilíbrio financeiro do regime da Previdência Social.* Por fim, o STF fixou tese nos seguintes termos: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

Como é sabido, a contínua contribuição previdenciária sobre o trabalho após a aposentadoria é mero reflexo tributário, fiel ao princípio contributivo, e, admitir outra aposentadoria com novos paradigmas de cálculo representaria financiamento de uma aposentadoria proporcional (a primeira) e “renúncia” a um ato juridicamente perfeito em regime de direito público, cujos reflexos econômicos poderiam alijar a perspectiva atuarial da Previdência, já que conferiria a gerações futuras o arremedo de uma conta criada sem perspectivas atuariais.

Por derradeiro, pertinente ainda mencionar o julgamento do STF (ADI 4.357/DF) que reconheceu a inconstitucionalidade dos preceitos da EC nº 62/2009 que institucionizava leilões de deságio ao pagamento dos precatórios judiciais, então chamado de Regime Especial de Pagamento de Precatórios, voltado para minimizar as dívidas estatais. Sob a ótica econômica, pode-se expressar que esse julgamento fulminou o *default* econômico das obrigações estatais, situação que implicava desrespeito aos valores do Estado de Direito – ao menos tal como expressa nos preceitos da EC nº 62/2009 tidos como inconstitucionais.

A Corte Suprema considerou que o Regime Especial de Pagamento de Precató-

rios implicaria no retardo de pagamento por tempo superior à expectativa média do brasileiro, o que retira por completo a confiança na jurisdição e na sua efetividade.

Como se vê, a abertura aos valores metajurídicos explicitados pela LINDB, em reiterados preceitos (arts. 21 a 29 da Lei nº 13.655/2018), amplia a conexão à moralidade política e econômica, mediante a necessária visão interdisciplinar dos ensinamentos da Economia. Prega-se, assim, que a atividade judicial de conferir aplicação prática ao Direito na solução de litígios só será legítima quando levar em consideração a realidade econômica subjacente ao contrato/conflito.

7. Conclusões

Há um entrelaçamento social e dialético entre Direito e Economia. Ambos são ferramentas de estudo para melhor compreender a sociedade e o homem do séc. XXI.

A compreensão do argumento econômico só é viável através da interdisciplinaridade.

A implementação de medidas jurídicas deve levar em consideração a realidade econômica subjacente a essa medida justamente para otimizar sua aplicação prática e seus efeitos a longo prazo – até mesmo para corrigir imperfeições econômicas no mercado.

A análise da realidade econômica para aplicação ou interpretação das normas jurídicas serve ao jurista como visão política social ao racionalizar a reação do mercado – situação que não implica subserviência das decisões judiciais às forças de mercado, mas sua compreensão/interação.

O argumento econômico ilumina o jurista com uma nova descrição do problema, ao se sobrelevar a discussão – do ato jurídico e sua concepção deontológica – para uma análise descritiva/explicativa da realidade dos agentes do mercado.

O critério da eficiência é de relativa utilidade para resolver polêmicas jurídicas no âmbito empresarial concorrencial e contratual, em sintonia com os demais critérios jurídico-filosóficos, quando há sintonia conclusiva argumentativa entre esses – i.e., efficientismo e função social do contrato.

As lições econômicas são úteis ao Direito e para o Estado, quer para aprimorar políticas públicas normativamente, quer para amparar melhor interpretação ao sistema.

A neo-hermenêutica reforça a abordagem interpretativa para ponderar valores econômicos, sociais e políticos às decisões judiciais, de forma que o argumento econômico enriquece a visão do jurista para melhor aferir o alcance e sentido das normas jurídicas. O legislador acentuou essa assertiva ao positivizar a novel Lei de Introdução ao Direito Brasileiro ao exigir do aplicador da norma a aferição de suas consequências e alternativas, através de valores metajurídicos.

Referências

BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria G. Segurado. Lisboa: Edições 70.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O controle judicial das decisões do CADE. In: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; BORGES, Antônio de Moura (Coords.). *Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais*. São Paulo: Lex, 2006.

CHANG, H. J. *23 things they don't tell you about capitalism*. New York: Bloomsbury Press, 2010.

CUEVAS, Ricardo Villas Boas (Coord.). *Seminário teoria da decisão judicial*. Brasília, 23, 24 e 25 de 2014.

DANTAS, D. D. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*. São Paulo: Madras, 2004. v. 1.

ESTEVES, Heloísa Lopes Borges; MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Os desafios da interdisciplinaridade em Direito & Economia*. Disponível em: <www.ie.ufrj.br/datacenter/ie/pdfs/seminarios/pesquisa/texto2009.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

FIGUEIROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, n. 4, p. 77-102, out./dez. 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: EDUSF, 2005.

GITMAN, *Princípios de administração financeira*. Trad. Allan Vidigal Hastings. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

GONZALES, Douglas Camarinha. *Competência legislativa dos entes federados; conflitos e interpretação constitucional*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Estado da FADUSP. 2001.

HART, Oliver. An economist's perspective on the theory of the firm. *Columbia Law Review*, v. 89, 1989, p. 1757-1774.

_____. An economist's view of fiduciary duty. *University of Toronto Law Journal*, v. 43, 1993, p. 299-313.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo, Edição Especial, Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, FGV, p. 13-41, nov. 2018.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Trad. Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTEIRO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo; PILAGALLO, Oscar. *Direito e economia*. Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIKETTY, Thomas. *O capital no séc. XXI*. Trad. Monica de Baulle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2007.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Repercussão das decisões judiciais na economia. In: Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura. *O desenvolvimento em tempos de crise: aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Rio de Janeiro: COPEDEM, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. *Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner*. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em: nov. 2016.

_____. O que é pesquisa em direito e economia: estudo n. 22. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-58, mar. 2008.

SHAVELL, S. Economic analysis of the general structure of the law. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Discussion Paper n. 408, fev. 2003.

SOUZA, Artur César de. Análise econômica das decisões judiciais. STF ADIn 4/DF e ADIn 2591/DF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 176, p. 283-306, out. 2009.