

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

Economic Law Review and Its Constitutional Issue

Vinícius Soares Carvalho

Mestrando em Direito da Universidade Federal da Bahia

E-mail:viniclip@hotmail.com

Recebido em 30.08.2015 | Aprovado em 12.11.2015

RESUMO: *A Análise Econômica do Direito*, elaborada ao longo dos últimos séculos e consolidada em meados do séc. XX, centralmente nas cátedras da Escola de Chicago, cujo principal expoente é o magistrado estadunidense Richard Posner, propõe uma visão inovadora dos institutos jurídicos, lastreada em *elementos econômicos*. Esta maneira de enxergar o fenômeno dos direitos coloca em pauta uma problemática conceitual, muito em vista do *sensu comum teórico dos juristas*, acostumados a não enfrentar um discurso que relativize seu ideário de *justiças*. Faz-se necessário reconhecer a relevância temática e metodológica da *Análise Econômica do Direito*, sobretudo pela necessidade urgente de se adequar a realidade constitucional a uma hermenêutica judiciária que concretize não só os interesses individuais, mas também viabilize substancialmente as prerrogativas governamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito; Direito e Economia; justiça; eficiência; Constituição Brasileira; custos dos direitos; Estado-Providência; interpretação constitucional; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The Economic Analysis of Law , developed over the past centuries and consolidated in mid-Twentieth Century, centrally in the chairs of the Chicago School , whose main exponent is the American judge Richard Posner , proposes an innovative vision of legal institutions, backed by economic elements. This way of looking at the phenomenon of rights brings forth a conceptual problem, much in view of

the theoretical common sense of lawyers accustomed to not face a speech that relativize its ideals of righteousness . It is necessary to recognize the thematic and methodological relevance of Economic Analysis of Law, especially the urgent need to adapt the constitutional reality of a judicial hermeneutics which implements not only individual interests but also makes possible substantial government prerogatives.

KEYWORDS: Economy. Justice. Welfare state.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Breve introdução sobre a Análise Econômica do Direito - 3. Os conceitos dos elementos econômicos - 4. A dimensão dos elementos econômicos e sua problemática constitucional - 5. O papel dos elementos econômicos na análise do Direito - 6. Conclusões - 7. Referências

1. Introdução

O presente artigo, além de introduzir os principais pontos acerca da *Análise Econômica do Direito*, seus autores renomados e alguns dos desdobramentos no que toca à Ciência do Direito, visa ao desiderato de questionar **qual a dimensão dos elementos econômicos¹ ante o espectro constitucional brasileiro** – portador de entraves da aceitação daquela “nova” abordagem.

Para tanto, primeiramente, tratar-se-á como surgiu esta proposta analítica, seu contexto histórico e quais as finalidades prementes em face da realidade jurídica.

Em seguida, serão trabalhadas algumas nuances da *Análise Econômica do Direito* diante do pensamento dos juristas, cotejando as viabilidades conceituais para o escopo de conjunção entre Direito e Economia, quando então se evidenciará a problemática em tela, seja em razão da não univocalidade das teorias dos *elementos econômicos*, seja em razão do descompasso existente entre as premissas peculiares do âmbito jurídico e as do econômico.

Por fim, será aventado o grau de receptividade da ordem estatal brasileira aos elementos da *Análise Econômica do Direito*, à sugestão da viabilidade hermenêutico-concretizadora, porquanto são arguidas as preocupações ético-jurídicas à luz dos princípios consagrados do ordenamento brasileiro, especialmente os

de natureza constitucional. Em suma, busca-se, modestamente, uma singela contribuição para a superação dos aludidos entraves constitucionais à *Análise Econômica do Direito*.

2. Breve introdução sobre a *Análise Econômica do Direito*

A “análise econômica do direito”, apesar de ser tema hoje muito recorrente, não é uma inovação tecnológica recente: essa abordagem fora considerada em alguma medida já durante os séculos XVIII e XIX. São historicamente atribuídos a Adam Smith os textos ensejadores de tal mister analítico, contudo guardou cada fase da modernidade as suas peculiaridades de foco e rigor metodológicos. Ademais, aquela alcunha (AED) só veio a ser cravada nos idos dos anos 1960.

Com o surgimento na Universidade de Chicago de um movimento denominado *Escola de Chicago*, liderado sobremaneira por um pequeno grupo de professores economistas, juristas e da ciência da administração, considera-se o advento definitivo desta ampla linha de pensar² o fenômeno jurídico - considerando-o desde o momento legislativo até a concreção dos direitos. Para os adeptos desta vasta corrente científica, o direito não poderia ser pensado sem uma circunspeção epistêmica estabelecida pelas teorias econômicas, configurando-se assim uma forte ligação entre os fundamentos científicos da *microeconomia* e as repercussões jurídico-estatais. Apesar da preocupante simplificação, ao tratar sobre o tema, afirmou Veljanovski que a análise econômica do direito nada mais é que “a aplicação da teoria econômica e dos métodos estatísticos ao estudo da formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas” (VELJANOVSKI, 1994, p. 21).

Ressalte-se que, embora o positivismo jurídico enquanto unidade metodológico-científica decorra diretamente dos debates políticos e econômicos do século oitocentista, tendo alcançado

sua solidez conceitual com a compreensão normativista de Hans Kelsen somente no século XX, muitos são os positivistas que ainda negam ao direito a qualidade de uma ciência eminentemente social, que corroboraria a consideração de componentes meta-legais, como os *elementos econômicos*.

De fato, há um perene fetichismo solipsista no tocante ao status do *ser jurista*, o que se explica, grosso modo, psicologicamente, pela relação direta entre o objeto jurídico (a norma) e as prerrogativas estatais (de normação), vale dizer, pelo famigerado estatismo. Há quem considere esta repartição dentro das ciências sociais “uma daninha separação de disciplinas”, ou como outrora afirmou Veblen³: uma “incapacidade treinada”. (*ibidem*, p.18).

Contrária à perspectiva de isolamento entre direito e economia, a *Escola de Chicago* valer-se-á da publicação de *The Problem of Social Cost*, de autoria de Ronald Coase em 1961, além do artigo do professor Guido Calabresi, da Escola de Direito da Universidade de Yale, intitulado *Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* do mesmo ano. Portanto é possível fixar o começo da versão contemporânea da *Análise Econômica do Direito* no ano de 1961, embora tais estudos temáticos e o delineamento dessa pesquisa datem da década de 40, vinte anos antes. A construção do *Center for Law and Economics* por um dos alunos de Ronald Coase, Henry Manne, selou, na década de 1970, a expressão estadunidense “Law and Economics”⁴, que viria a ser usada com a mesma intenção epistemológico-operativa da nomenclatura “*Análise Econômica do Direito*”.

Em linhas gerais, os adeptos da *Análise Econômica do Direito* baseiam-se no *individualismo metodológico* (a ação individual como fonte cognoscitiva para o estudo do contexto coletivo), na *teoria da escolha racional* (as escolhas humanas envoltas em padrões de racionalidade de custos e objetivos), na teoria das *preferências estáveis*⁵ e na teoria do *equilíbrio* (tendência natural ao equilíbrio jurídico, político e econômico). Eles advogam a maximização da segurança jurídica e da previsibilidade das

decisões judiciais a partir dessas bases; para tanto, arguem em torno de uma mais justa *eficiência alocativa* dos recursos sociais, objetivando um alcance material para além das partes envolvidas diretamente numa decisão judicial (função social do processo). Grife-se que “a ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o direito não é nova. Remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem assim aos filósofos escoceses do Século das Luzes.” (MACKAAY *et* ROUSSEAU, 2015, p. 08).

Entre nós, restou celebrado o livro do Procurador do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Amaral, intitulado *Direito, Escassez e Escolha*, no qual o autor brasileiro flerta com as teses da *Análise Econômica do Direito* quando da investigação da melhor efetivação das normas fundamentais em face da problemática dos recursos disponíveis e das garantias constitucionais, mormente a que estabelece o direito social à saúde, com fulcro teórico-constitucional, como ele mesmo afirma, “nas abordagens de Peces-Barba (...), de Bobbio, e (...) de Laurence Tribe” (AMARAL, 2010). Assim também, merece destaque a obra de Cass Sustein e Stephen Holmes, cujo título é *The Cost of Rights*, que contribuiu, inclusive, como marco para o primeiro autor, especialmente na superação da dicotomia classificatória “*status positivo versus status negativo*”, em razão de ambos os direitos constitucionais, sejam os prestacionais, sejam os de cunho absentéista-estatal, afirmarem ao final das contas - literalmente - uma situação global de barganhas entre sujeitos e/ou grupos gerida pelo Estado⁶.

Reforce-se a ideia de que esta corrente de pensamento pretende buscar a máxima segurança e previsibilidade dentro da ordem jurídica, tanto na aplicação do direito, quanto na sua interpretação e formulação, através da *alocação eficiente* dos recursos disponíveis. Entretanto, não se deve confundir-los com os neoliberais somente por possuírem com estes uma série de características em comum, como o *individualismo metodológico*. Saliente-se que o neoliberalismo - ou o Libertarismo, para lembrar os ditos *Libertarians* - é objeto de análise das ciências políticas em sentido estrito - e, muitas vezes, uma ideologia não cientificizável -, não

pretendendo adentrar semanticamente no espectro da mecânica jurídico-decisional estatal propriamente dita, inclusive negando muito mais o intervencionismo estatal (necessário) do que, em regra, os professores filiados às noções da *Análise Econômica do Direito*. Para estes, uma das razões que justificam a intervenção estatal está no reconhecimento das chamadas “falhas de mercado” - oriundas da *assimetria de informações* dos atores mercantis, da existência de *monopólios*, das próprias *externalidades* inerentes às decisões e da natureza intrínseca dos *bens públicos* (em vista dos *free riders*⁷) - algo incompatível com aqueles que visam à satisfação do primado da eficiência como o são os “analistas” do Direito e Economia.

Destarte, duas acabam sendo as proposições da *Análise Econômica do Direito* para o campo decisional-judicial, como salienta Ronald Dworkin, citando Richard Posner e as pesquisas em torno das teorias econômico-jurídicas, as quais, para o norte-americano, não negam uma teoria dos direitos.

Argumenta-se, em primeiro lugar, que é possível demonstrar que quase todas as regras desenvolvidas pelos juízes em campos tão díspares quanto o delito civil, o contrato e a propriedade atendem ao objetivo coletivo de tornar as **alocações de recursos mais eficientes**. Em segundo lugar, argumenta-se que em certos casos os juízes fundamentam suas decisões explicitamente na **política econômica**. (DWORKIN, 2007, p.151/152, negrito nosso).

Em vista do exposto, questiona-se: as considerações jurídicas de cunho reveladamente econômico devem pesar nas tomadas de decisões judiciais? Não seriam essas decisões apenas voltadas a concretizações de normas éticas, sem que houvesse a necessária subordinação a limitações, por exemplo, de ordem orçamentário-governamental, sob pena de inversão dos valores arraigados nos componentes fundamentais do contemporâneo Estado de Direito brasileiro? Deve-se, portanto, remeter-se à ce-leuma conceitual inerente ao tema.

3. Os conceitos dos *elementos jurídicos*

Se as decisões judiciais são tomadas na busca da melhor justiça, como compatibilizar os *elementos econômicos* ante o ordenamento jurídico, senão creditando aos mesmos, no caso concreto (ao menos), a natureza hermenêutica de *reais condicionantes* para a concreção dos direitos? A luta por este reconhecimento factual faz da *Análise Econômica do Direito* uma seara de bastante controvérsia conceitual, inclusive por tocar numa antítese entre valores proeminentes e certo ceticismo valorativo, ainda que não seja sua iminente função epistemológica.

Ademais, fato é que o próprio universalismo das ideias e dos valores, sob os auspícios da *Filosofia da Linguagem*⁸, vem sofrendo um tremendo descrédito, admitindo-se cada vez menos, a partir de uma visão múltipla (e democrática?) do direito, indagar a justiça através de uma idealização normativa geral com base em sentidos axiológicos apriorísticos, quiçá desconsiderar a multiplicidade semântica da *voluntas legis*, fitando os olhos mais para os fatos sociais do que para as regulações legais propostas pelos representantes políticos. Em defesa de a lógica compreensiva sobre a legitimidade de um ordenamento jurídico não se pautar mais numa questão meramente transcendentalista, seja pelo assente *relativismo jurídico*, seja pelo crescente *procedimentalismo constitucional*, ao lado da velha conquista *comteana* de que as políticas estatais de melhor justiça variam no tempo e no espaço, Amartya Sen é um dos que alertam para a importância de uma “*abordagem comparativa focada em realizações*”.

Por mais envolvente que seja esse desejo de que a esperança rime com a história, a justiça do institucionalismo transcendental deixa pouco espaço para tal envolvimento. Essa limitação fornece um exemplo da necessidade de uma **mudança substancial nas teorias da justiça** predominantes nos dias de hoje. (SEN, 2011, p. 46, negrito nosso).

Superando o aspecto axiológico conformador do ordenamento jurídico (inclusive pela sua densidade filosófica, que nos

impossibilitaria atingir o escopo deste trabalho), defende-se que a **introeção das querelas econômicas dera-se exatamente pela revelada elasticidade epistêmica do direito**, responsável anteriormente por quedar os ditames exegéticos civilistas, superar em seguida a Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência dos Valores, e por fim, desembocar na análise atual sobre um Direito alicerçado numa *gestão dos interesses sociais*. Além do mais, não se pode olvidar da necessária repercussão do direito na esfera privada e deixar de entender a realidade jurídico-social a partir de uma dualidade necessária – sociedade x direito –, já que o direito é tanto construto quanto construtor social. Por isso mesmo, negligenciar a contribuição dos economistas pode ser, além de prepotente, muito danoso para este campo do conhecimento.

Pode-se afirmar inicialmente que o fenômeno do Direito (e por consequência, o da justiça) segundo Packer e Erlich é multidimensional no sentido de que tem ingerência de fundamentos históricos, filosóficos, psicológicos, sociais, políticos, **econômicos** e religiosos. **No entanto, a maneira em que se vê o Direito, tradicionalmente, é sempre por meio instrumental**, ou seja, o Direito é uma das formas para que, se adotadas certas premissas, se possa promover a igualdade, a justiça e a equidade numa dada sociedade. Ora, no âmbito do Estado Moderno tal visão instrumental está muito distorcida e divorciada da realidade: além de não poder ser entendido apenas por seu papel dogmático, **o Direito é fruto de uma dada época histórica que tem, principalmente, determinantes econômicos**. (PINHEIRO *et* SADDI, s.d., p. 17, negrito nosso, sublinhado nosso).⁹

Nesta esteira, os princípios gerais do direito, através das autoridades incumbidas, não deveriam apenas consagrar textualmente, portanto, os valores eleitos por uma organização social no assentamento magno-constitucional, porquanto a função pragmática de realizar a justiça nos casos da vida prática – concretizando os anseios de todos, sem exceção – passa a ser função primordial, uma *conditio sine qua non* jurisdicional para a efetivação daquela - justiça.¹⁰ Esta considerada a partir da realidade concreta é o pressuposto fático e científico segundo o qual os

“analistas” do *Direito e Economia* pontuam suas exigências conceituais, uma vez que para eles a teimosa questão dos valores não nega suas análises comportamentais. Ao contrário, advogam os economistas jurídicos que entender como funcionam os mecanismos da dinâmica sócio-individual é mergulhar na **essência de onde o Estado extrai a necessária compreensão para o mais eficiente estabelecimento de suas políticas públicas.**

A *Análise Econômica do Direito*, vale dizer, é produto direto do pragmatismo filosófico, e a base de todo o discurso teórico é voltado para o cidadão em si na sua individualidade, com suas percepções embora visto dentro da rede social (que não o nega, mas o confirma). O empirismo metodológico será considerado para este tipo de concepção individualista e “toda metafísica e todo formalismo [...] expulsos da reflexão teórica. Busca-se uma idéia de filosofia e, por consequência, de Direito, que vise ao progresso construtivo da sociedade”, estabelecido um método antidogmático e voltado para as questões concretas, não se cogitando mais um Direito de abstração sistemática apenas. (LARA, 2008, p. 10). Neste seio, pode-se afirmar que **o discurso da Análise Econômica do Direito é consequencialista**, haja vista que se vale de uma concatenação de fins objetivados, meios e objetos possíveis e disponíveis e de uma relação processual de custo/benefício. Em vista disso, busca-se criar técnicas capazes de garantir a melhor aplicação dos recursos jurídicos em sentido amplo (a englobar a própria realidade fática)¹¹.

Prima facie, há um aparente contraste entre o primado da *eficiência alocativa de recursos* e efetivação da justiça. Algumas considerações são relevantes na tentativa de dirimir o alegado problema conceitual da *Análise Econômica do Direito*, haja vista que a ciência econômica historicamente repisou a eficiência como seu *problema fundamental*, ao passo que a justiça é a *matriz significativa* da construção legal, daí dizer-se ser “profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça” tão somente (STIGLER *apud* PORTO, 2013, p. 11)¹².

Adentrando na análise da prática jurisdicional brasileira, há quem entenda existir uma “disfunção intrínseca grave” (PINHEIRO *et* SADDI, s.d., p. 04). Explicitamente em razão de “os nossos tribunais superiores não [serem percebidos] como Cortes da federação com a função de controlar o sistema constitucional”, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi apontam o não comprometimento do Poder Judiciário com os custos (econômicos) derivados das decisões judiciais. Para eles, **é emergencial distinguir o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal**, jamais permitindo que acabem exercendo suas atividades como se fossem meras instâncias de terceiro ou quarto grau.

Desse modo, busca-se um ponto de toque entre as concepções economicistas e as de cunho jurídico – tarefa árdua, porém necessária e premente: basta citar o conhecido conflito de interesses envolvendo direitos fundamentais sociais e o suprimimento de ações individuais que afeta transversalmente a gestão orçamentária.

A assunção dos direitos fundamentais sociais, fruto da elucidação constitucionalista de que as *liberdades negativas* por si só não garantem a igualdade material, posto o *lema antimonárquico* tivesse garantido um novo ideal político-legal de proteção da esfera privada dos indivíduos, e permitido uma limitação aos desmandos do Poder Governamental, engendrou novas modalidades de compreensão da legalidade jurídica, desta vez introduzindo a lógica do *dever de igualdade* (para o Legislativo e Executivo), a *igualdade de oportunidades* (no tocante às políticas públicas) e a ressignificação do que sejam as normas programáticas constitucionais (agora exigíveis no plano jurisdicional, não mais *meras exortações*).

Em vista disso, o direito ganhou uma abordagem necessária de **gerenciamento de seus recursos**, com o condão por parte do Estado de geri-los igualmente, uma vez que suas funções públicas encampam os meandros da responsabilidade sobre as realizações dos *direitos de minorias* e da *redistribuição de rique-*

zas, consequentemente, sobre o aumento da qualidade de vida de todos do povo.

Consequentemente, o “bem estar social”¹³ consolidou-se durante o século XX numa preocupação necessária para o desenvolvimento da seara jurídica: uma realidade teleológica de todo o sistema jurídico que não mais se findava na concepção de *direitos individuais negativos* (nem *positivos pessoais*), não podendo mais o bom jurista olhar a praxe judiciária sem um olhar que considerasse todas as organelas societais e seus aspectos econômicos no bojo da evolução jurídica.

A análise do caso concreto, quando colocado sob o poder judiciário do Estado – através do exercício do direito de ação – não mais permitia ao magistrado que fosse insensível às repercussões a terceiros, interessados ou não, dada a interação social já vigente – no que se pode considerar os arautos da mundialização, finalmente concebida com o advento da rede mundial de computadores, a internete. O Estado de Bem Estar Social está intimamente ligado ao debate, na Ciência do Direito, de qual é a função dos juristas e quais os seus limites e conformações científicas, gradativamente reconhecendo-lhe o corpo científico a *elasticidade epistêmica* citada acima. Os *elementos econômicos* não à toa passam a vigorar neste cenário de abertura conceitual, especialmente nos países de tradição de precedentes (Common Law), dentro dos quais as adaptações jurídico-decisionais – às mudanças da sociedade – fizeram-se de maneira mais profícua e célere; **contudo, para os defensores da Análise Econômica do Direito, ainda insuficiente.**

Grife-se que os conceitos pretendidos pela *análise econômica* dentro do mundo jurídico-estatal não se deu de forma imediata e pronta quando do advento do *Welfare State*, como se poderá inferir. Há quem justifique que só com a derrocada orgânico-governamental do Estado-Providência, leia-se, com as sucessivas crises em que esta proposta de política social desembocou, seja por questões inflacionárias, seja por desvios de comando-poder, tenha havido de fato uma “busca de um novo discurso jurídico

teórico seguro, capaz de traduzir os conflitos particulares num novo **aparelho conceitual** que racionalizasse a fragmentação e arbitrariedade da experiência jurídica”. (PACHECO, *apud* LARA, 2008, p. 09).

Pondere-se que tanto o Direito quanto a Economia possuem um desiderato em comum, qual seja compreender o comportamento humano e com ele *dialogar*. Esta coincidência – que aparentemente facilitaria o intercâmbio entre ambas as disciplinas científicas – em nada lhes fertiliza o ponto de toque. A explicação a esta antinomia está na intenção particular dos cientistas de cada área: **os juristas buscando modular as condutas humanas em um padrão médio para a convivência social, enquanto os economistas – em sua maioria – avaliando o comportamento humano sem o condão de modulá-lo.**

Para delinear a questão conceitual da *Análise Econômica do Direito*, convém entender de quais bases teórico-científicas sua proposta advém.

A abordagem jurídico-econômica “procura responder aos novos desafios que surgem na sociedade por meio do estudo da Economia Comportamental e da Teoria Econômica Neoclássica.” (PORTO, 2013, p. 87). Esta e aquela do comportamento humano (como já evidenciado anteriormente sobre o objeto dos economistas), porém com algumas peculiaridades cada qual: a Teoria Econômica Neoclássica busca justificar alguma intervenção de agentes estatais – como no exemplo de **cláusulas abusivas dos contratos por adesão** – por considerar a existência de *falhas de mercado* e com fulcro nos requisitos lógicos do comportamento racional – completude, reflexividade e transitividade – (*ibidem*, p. 88)¹⁴, na lei da escassez e no postulado da incerteza; enquanto a Economia Comportamental enviesa esse caminho com respaldo nos ares da *psicologia cognitiva* – de Kahneman e Tversky –, segundo a qual, “não podendo julgar diretamente as probabilidades, o espírito humano simplifica o problema apelando para a [...] ‘*availability heuristic*’,¹⁵

[...] em função do exemplo que ainda está fresco na memória” (MACKAAY et ROUSSEAU, 2015, p. 35).

Sobre a orientação neoclássica e a revolução marginalista que fez aquele movimento distinguir-se dos seus antecessores, salienta Mackaay e Rousseau que se iniciara no final do século oitocentista, a partir das obras de Carl Menger, de Stanley Jevons e de Léon Walras, pois a estes são atribuídas os conceitos de *custo marginal* e *receita marginal*. Porém só no século seguinte, com Samuelson (1947) e Arrow & Debreu (1954) a Escola Neoclássica é de fato considerada como uma proposta relevante, quando evidenciam que “os mercados evoluem para um equilíbrio” (identificado com o ótimo paretiano) “em um mundo no qual notadamente todos os bens são apropriáveis e negociáveis”. (*ibidem*, p. 112, nota de rodapé nº 21).

Já no que toca à Economia Comportamental, ela transcende os *elementos econômicos* clássicos, creditando outros marcos conceituais para a explicação de como eventualmente o Estado poderia (e se deveria) intervir nas transações particulares, dado que ela revê os conceitos econômicos a partir de uma perspectiva mais cognitiva que comportamental da ação humana.

No âmago da economia comportamental está a convicção de que **ao aumentar o realismo dos pressupostos psicológicos da análise econômica se aperfeiçoará a própria ciência econômica** – gerando insights teóricos, melhorando as previsões de fenômenos econômicos e sugerindo melhores políticas. (CAMERER et LOEWENSTEIN *apud* FONSECA et MURAMATSU, 2008, p. 65, negrito nosso).¹⁶

Destarte, quanto às aludidas cláusulas abusivas dos contratos por adesão, o *jurista econômico* que se pautar na visão (neo)clássica encontrará de pronto e invariavelmente uma solução para tal problema transindividual, sugerindo **a simples intervenção estatal com o ensejo de que os termos contratuais sejam revistos e a igualdade material bilateral finde consolidada**. Contrário senso, aquele que esteja vinculado às prerrogativas semânticas da economia comportamental – segundo a qual, as ações huma-

nas e o referente *estado de coisas* não são convicentemente manipuláveis pelo analista, defenderá que, a depender das facticidades, “no caso dos contratos de adesão, o consumidor já arcou com os **custos de procura e seleção do produto**” (*sunk costs*) e que “eventual procura ou readequação do contrato” poderá ser mais custosa. (PORTO, 2013, p. 89).

Considerando o que se expôs acerca dos entornos metodológicos e epistemológicos dos conceitos introduzidos pela *Análise Econômica do Direito*, questiona-se: é possível mesmo admitir que os juristas, no campo decisional, levem em conta os fatores econômicos? Qual é mesmo a dimensão dos *elementos econômicos* para o Direito? Duas são as propostas consequencialistas de introjeção deles para a aplicabilidade jurídica – ligadas colateral e mediatamente às noções de **economia positiva** e **economia normativa**¹⁷, quais sejam, uma proposta de *feição forte* da faceta econômica, e outra proposta de *feição fraca* para as decisões judiciais. A *feição forte* (a nosso ver, fraca) considera que as consequências devem revisar o julgamento do magistrado, revelando ou não a sua congruência com os dados econômicos da realidade fática (condição de aplicabilidade?), enquanto que a *feição fraca* (a nosso ver, forte) utiliza os *elementos econômicos* no bojo do processo decisório, sugerindo-os como condicionantes jurídicos mais hermenêuticos que aplicativos.¹⁸ (COSTA, 2015, pp. 86 *et seq.*).

Quando Richard Posner “argumentou [...] que a economia poderia ‘explicar’ as doutrinas legais, a despeito de essas doutrinas carecerem de fundamentação econômica explícita” (VELJANOVSKI, 1994, p. 34), ele consolidou a *Análise Econômica do Direito*, embora mais voltada para o ambiente do *Common Law*, não sendo muito bem recebida pelas nuances civilistas. Contudo, ele foi o maior responsável pela conjunção entre Direito e Economia, arguindo pioneiramente “a irrelevância da atribuição inicial de direitos em um sistema em que não existam custos de transação, devendo o Direito servir apenas como forma de organização eficiente” desses custos. (LARA, 2008, p. 02): “**o direito como um mercado simulado, em que a lógica**

do direito deverá impregnar-se da lógica própria do mercado” (FONSECA, 1997, p. 6/7 *apud ibidem, loc. cit.*).

No cenário no atual Estado de Direito Brasileiro, muitos são os entraves para uma inserção da *Análise Econômica do Direito*, quiçá nos moldes posnerianos, ainda que se reconheça a falácia do ativismo judicial em garantir direitos fundamentais individuais a custo de afetação da lógica orgânico-estatal. Concluiremos a seguir evidenciando alguns desses entraves e, finalmente, buscando conceituar a dimensão jurídica dos *elementos econômicos*, **com a presunção de que haja uma viabilidade hermenêutico-concretizadora.**

4. O papel dos elementos econômicos na análise do Direito

A *Análise Econômica do Direito* contribui indubitavelmente para uma mais ampla compreensão dos institutos jurídicos. Já se foi acima defendida a *elasticidade epistêmica* inerente à Ciência do Direito - tomada como uma ciência social aplicada. Estudar o Direito, necessariamente (se com correção e honestidade intelectuais), remete-nos aos aspectos da Política, da Sociologia, da Psicologia, da História (e muitos outros), além de não prescindir dos conhecimentos econômicos. Embora seja esta a alegação subjacente de quem pretende introjetar os *elementos econômicos* no bojo das discussões jurídicas, há de se realçar tanto qual seja **o momento desta introjeção na dinâmica da concretização dos direitos**, quanto qual o **alcance conceitual desses elementos na conformação do ordenamento normativo** para uma maior receptividade.

O papel dos *elementos econômicos* trazidos pela *Análise Econômica do Direito* “nos sistemas civilistas não é, claro, idêntico ao que tem nos países de *common law*. Nos sistemas civilistas, a esperança que traz[em] está em reanimar a doutrina, que tendia a se confinar a um papel descritivo” (MACKAAY et ROUSSEAU,

2015, p. 675), além de revigorar os consolidados institutos principiológicos, em sede de constitucionalismo social, os quais criaram uma verdadeira barreira para uma argumentação de mero cunho pragmático-econômico. Ainda, o distanciamento das pré-compreensões necessárias para que haja uma melhor aceitação das propostas da *Análise Econômica do Direito* enseja nos juristas – brasileiros, especificamente – uma relutância procedimental-argumentativa (com alguma base racional). Quando em 05 de outubro de 1998 fora promulgada a recente Constituição Cidadã Brasileira, sob os auspícios do ideal da Providência Estatal – já relativizado em uma série de países europeus e nos Estados Unidos da América do Norte pelo emergente neoliberalismo econômico, fruto das crises inflacionárias e da mundialização –, as intenções do discurso geral das autoridades incumbidas estavam voltadas tão somente para uma política estatal de concretização dos direitos fundamentais e a garantia de uma democracia solidária que abarcasse tantos quantos fossem os anseios da plural sociedade nacional.

Isso posto, revela-se que, não diferente do que se sucedera com as experiências estrangeiras, a busca desenfreada por estabelecer um maior número de “direitos a algo” geraria, no Brasil, ulteriormente, uma crise institucional, cujas personagens (em conflito), para citar Mauro Cappelletti, são “o legislador mastodonte e o leviantesco administrador”, além de um “terceiro gigante”, segundo o mesmo autor, capaz de controlar os dois primeiros, qual seja, o Poder Judiciário¹⁹. (BAHIA, 2009a, p. 496).

Outro fator densificador da estrutura constitucional brasileira, além do amplo garantismo governamental dos “direitos a prestação”, é a internalização do *princípio da dignidade da pessoa humana* – de origem alemã – no cenário ordenamental pátrio. A dignidade da pessoa humana, instituto principiológico surgido após o ocaso do nazismo continental, embora sugira o óbvio, trouxe à baila jurisdicional brasileira um paradigma ainda carente de razoável depuração. Consequentemente, a *Análise Econômica do Direito* acaba por encontrar relevante dificuldade

de internalização, uma vez que os *elementos econômicos*, para os juristas, não seriam coadunáveis com uma ordem social fortemente *prestacionalista*, quiçá poderiam em quaisquer medidas restringir os alargados limites dos direitos individuais lastreados na *gigantesca* dignidade da pessoa humana.

A solução reside no aspecto interpretativo do Direito. Citando excerto da obra de organização de Virgílio Afonso da Silva, verifica-se a impertinência de uma leitura constitucional com base num *sistema fechado de regras e princípios*²⁰ e que não guarda o devido relativismo hermenêutico-concretizador, dado este que coaduna com a percepção de que a Economia não só pode, como deve, promover o *diálogo procedimentalista-constitucional* a partir de uma visão dinâmica, fato que o *individualismo* da dignidade da pessoa humana e o “*prestacionalismo*” desenfreado desaceleram²¹.

Por óbvio, não pretendem os *analistas* do Direito e Economia rechaçar as valorosas conquistas do neoconstitucionalismo, muito menos dirimir o intervencionismo estatal sadio, o que se prova pela própria vinculação à *eficiência* como primado máximo. Em geral, esses *analistas* nada mais propõem que maximizar as potencialidades dos institutos jurídicos, seja através de indicações descritivas no que importa às normas, seja por meio de contributos normativos mesmos. Consoante, a maximização da segurança jurídica, promotora de uma sociedade mais organizada, é um axioma a partir do qual um Estado guardaria mais respaldo no seu comando político, minorando negligências em quaisquer dos Poderes. Por isso, é importante que se destaque o contributo de uma *Análise Econômica do Direito* mais profícuo a extrapolar as esferas jurisdicionais (campo revisional), atingindo tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo – em verdade, os dois ambientes estatais nos quais se deve congruentemente considerar os *elementos econômicos* por estarem tipicamente ligados à alocação dos recursos.

Podemos, com a devida cautela, afiançar que os *elementos econômicos* da *Análise Econômica do Direito* possuem uma **dimensão**

de condicionantes da atuação governamental, pois devem ser considerados, por bem de um povo, para toda e qualquer tomada de decisão²², ou legiferante ou administrativa, sem com isso colocar o papel dos Tribunais à mercê do debate analítico. Ao contrário, quanto ao campo jurídico-decisional, necessário se faz delinear o processo judiciário de concreção dos direitos, suas fases de interpretação e aplicação, para, então – designando em que momento os *elementos econômicos* entrariam –, precisar o *modus operandi* cabível.

Por este motivo, a debater a já referenciada obra de Mauro Cappelletti²³, sobre a possibilidade de o Poder Judiciário conter mais do que um vetor interpretador e aplicador do Direito, se não revisional – lembre-se, por parte do STF, da possibilidade do *legislador negativo* –, salienta Luis Carlos Cancellier de Olivo.

É importante realçar que se os economistas buscam, nada mais nada menos, elucidar as motivações interessadas, os dados comportamentais e as razões pelas quais um determinado dispositivo de lei é aceito ou dispensado, por que será que eles não são vistos com bons olhos pelos hermenutas jurídico-constitucionais? Eles “estão interessados em eficiência; os advogados [e os hermenutas juristas] em justiça [...], mas um exame mais cuidadoso mostrar[ia] que se trata de um problema principalmente semântico” (VELJANOVSKI, 1994, p. 49) o distanciamento havido entre o hermenuta da constituição e o promotor das causas econômicas.

A problemática hermenêutica apresentada sobre em que fase do processo interpretativo os *elementos econômicos* devem ser considerados merece uma atenção especial, a ponto de se inferir qual o papel de uma análise jurídico-econômico no campo decisional. Frise-se a pragmática versão dos custos dos direitos, desdobramento lógico de uma perspectiva filiada aos anseios da *Law & Economics*²⁴

Sobre a atual Constituição Brasileira, ela reconheceu, não obstante, ainda que tardiamente – através da Emenda Constitucional nº 19/98 (a chamada *emenda da reforma administrativa*) – o **prin-**

cípio da eficiência, elencado no caput do art. 37, como um dos nortes para a ação estatal. Fato é que a explicitação textual do princípio da eficiência não foi mais que um reconhecimento pelo regime da própria República Federativa do Brasil, que já havia reservado, inclusive, um Título específico para a *Ordem Econômica e Financeira*, revelando a existência implícita de tal princípio.

A República Federativa do Brasil reconhece primordialmente a “soberania nacional” como um primado sem o qual a ordem constitucional não vingaria tal como fora concebida, sugerindo que, mesmo com a maximização dos direitos fundamentais e sua força normativa peculiar, não se possa desconsiderar **uma prática estatal voltada aos valores globais da sociedade**, com “a afirmação do princípio da segurança jurídica – nos casos da anterioridade, da especialidade, da hierarquia e do *prior in tempore, potior in jus*”. (BAHIA, 2009b, p. 309).

Logo, os custos dos direitos é um tema de bastante importância no que tange à realização da missão constitucional, basta lembrar que a própria Constituição Nacional, no seu artigo primeiro, estabeleceu como “fundamento” da República Federativa do Brasil, em posição de superioridade topográfica, “a soberania”. A *Análise Econômica do Direito* seria, por certo, a confirmação metodológica de uma hermenêutica concretizadora dessa tarefa jurídica, qual seja, a de realizar direitos sem negligenciar as consequências para toda a sociedade – reforçando, destarte, a própria soberania federativa.²⁵

5. Conclusão

Em suma, muito ainda falta no que concerne à introjeção da *Análise Econômica do Direito* no Brasil e dos correlatos estudos sobre os custos dos direitos. Deve-se, no entanto, firmar a boa intenção daqueles que não veem o mundo social senão a partir de seus padrões e dados fáticos, sem jamais negar a supremacia da realidade das coisas (sob a égide da *supremacia constitucional*),

apontando sempre mais para um ideal jurídico realizador e responsável – a considerar todas as querelas societais, especialmente a dos gastos públicos.

6. Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

BAHIA, Saulo José Casali. *Hermenêutica Concretizadora: o Poder Judiciário e a efetividade dos direitos a prestações fáticas*. In: Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. (Org.). Argumento. 1ª ed. Brasília: TRF-1ª Região, 2009a, v. 1, pp. 495-504.

_____. *O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais*. In: Dantas, Miguel Calmon; Cunha Junior, Dirley da. (Org.). Desafios do Constitucionalismo Brasileiro. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009b, v. 1, pp. 297-311.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. In Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. 1ª Edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão Crítica*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COSTA, Frederico Magalhães. *Judicialização da Saúde: um estudo de caso à luz do Procedimentalismo, do Substancialismo e do Consequencialismo*. Tese de Especialização, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico: políticas econômicas*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

FONSECA, Patrícia; MURAMATSU, Roberta. *Economia Comportamental e trajetórias de consumo intertemporal – anomalias e evidências do caso brasileiro* In Revista JOVENS PESQUISADORES, ano V, nº 9, jul./dez. de 2008, pp. 63-84.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton & Company: New York, 1999.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*. In E-civitas Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, Belo Horizonte, vol. I, nº 1, novembro de 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Juízes legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*. Sequência: estudos jurídicos e políticos, ISSN-e 2177-7055, Vol. 21, Nº. 41, 2000, págs. 83-112.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Curso de Law & Economics*. São Paulo: Campus, s.d.

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Colaboração de Guilherme Mello Graça. Curso de aulas 2013.2. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SALAMA, Bruno M. *Direito e Economia*. In: RODRIGUEZ, José R. Fragmentos para um dicionário crítico de Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. 1ª Edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

ZANATTA, Rafael A. F. *Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil*. Artigo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, s.d.

Notas

- ¹ Chamaremos de “elementos econômicos” quaisquer dados oriundos das ciências econômicas ou de natureza eminentemente econômica.
- ² “A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), portanto, deve ser considerada como uma abordagem e não como uma teoria [ou escola]. Realmente trata-se de uma distinção bem importante entre escolas de pensamento e abordagens ou movimentos. As escolas apresentam de modo geral um conjunto de postulados compartilhados e defendidos por um grupo de pensadores (escola austríaca, institucionalista etc.). Por sua vez as abordagens ou movimentos apresentam um grau mais difuso de postulados comuns ou heterogeneidade na sua agenda de pesquisa.”. (CALIENDO, 2009, p.16, negrito nosso).
- ³ Thorstein Bunde Veblen formou-se em Filosofia pela Universidade Johns Hopkins e obteve seu doutoramento na Universidade de Yale. Foi convidado para lecionar junto ao Departamento de Economia da Universidade de Chicago por James Laurence Laughlin, tendo escrito um famoso livro intitulado *The Theory of the Leisure Class* (A Teoria da Classe Ociosa).
- ⁴ No Brasil, utiliza-se também a tradução literal dessa expressão, “Direito e Economia”.
- ⁵ Ver Gary Becker (1976), *The Economic Approach to Human Behaviour*, obra na qual fora desenvolvido o famoso *core* da abordagem econômica, quais sejam: o comportamento maximizador, o equilíbrio de mercado e as preferências estáveis.
- ⁶ Conferir HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton & Company: New York, 1999.
- ⁷ Também chamados de “*caronas*”, os agentes que se beneficiam de decisões sem terem custeado a produção daquela realidade. Foi o caso do Brasil, segundo a extinta GATT, que, nos anos 70 e 80, assim reputou

nosso Estado Brasileiro no que tange ao regozijo *free-rider* ante as melhorias internacionais do comércio global.

- ⁸ Aqui, refere-se ao chamado *giro linguístico*. Para compreensão do assunto, cf. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 97, p. Revista Brasileira de Estudos Políticos 33-70, jan./jun. 2008.
- ⁹ Cf. Hebert PACKER e Thomas ERLICH. *New Directions in legal education*. New York: McGraw Hill, 1973.
- ¹⁰ Sobre como os princípios gerais do direito, em razão de uma ordenação teleológico-sistemática, não findam num discurso axiológico generalista, extrai-se: “Apurada e demonstrada a escolha para elementos constitutivos unitários dos princípios gerais de Direito, surge, como nova tarefa, o tecer considerações mais pormenorizadas sobre o modo e a forma pelo qual eles acatam a sua função sistematizadora. Salientem-se, aqui, quatro características: [1] os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; [2] eles não têm a pretensão da exclusividade; [3] eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles [4] precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.” (CANARIS, 1989, p. 88/89, negrito e sublinhado nossos)
- ¹¹ Vale a pena extrair excerto da tese de dissertação de Frederico Magalhães Costa, intitulada *Judicialização da Saúde: um estudo de caso à luz do Procedimentalismo, do Substancialismo e do Consequencialismo*, na qual se explica a função consequencialista na seara jurídica: “No âmbito da Teoria do Direito, conforme anota Maria Margarida Lacombe, o termo consequencialismo significa a teoria segundo a qual se reputam relevantes as ‘consequências como perspectivas futuras e razão concreta suficiente para a decisão (...) que instruem a argumentação necessária em um contexto de justificação dos direitos fundamentais’, dessa forma, ‘consequências [são] como programas que orientam a ação, (...) sujeitando-se à verificação constante como forma de validação em função de sua adequabilidade prática no caso concreto’.” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico*. In: Revista de Direito do Estado. Ano 2, nº6, p.185-211, abr./jun., 2007, p. 205. *apud* COSTA, 2015, p. 86).

- ¹² STIGLER, George. "Law or Economics?". *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2. *apud* PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica do Direito (AED). Colaboração de Guilherme Mello Graça. Curso de aulas 2013.2. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 11.
- ¹³ "A fórmula do bem-estar social é uma medida de agregação do nível de utilidade aferido por cada membro de uma determinada sociedade em face das consequências resultantes de determinada escolha política, jurídica ou social." (PORTO, 2013, p.15).
- ¹⁴ "Os autores Russell Korobkin e Thomas Ulen elencam cinco requisitos (*commensurability, transitivity, invariance, cancellation e dominance*), porém preferimos abordar somente três requisitos como forma de comprovar o padrão lógico da teoria da escolha racional." (loc. cit., nota de rodapé nº 106, *itálico* nosso).
- ¹⁵ Em português, *heurística disponível*. Aproveite-se para citar: "O vocábulo heurística pode ser definido por: 'um procedimento simplificador (embora não simplista) que, em face de questões difíceis envolve a substituição destas por outras de resolução mais fácil a fim de encontrar respostas viáveis, ainda que imperfeitas. Podendo tal procedimento ser tanto uma técnica deliberada de resolução de problemas, como uma operação de comportamento automático, intuitivo e inconsciente'." (PORTO, *op. cit.*, p. 88).
- ¹⁶ Registre-se a fonte mediata: CAMERER, C., LOEWENSTEIN, G.. Behavioral Economics: past, present and future. In CAMERER, C.; LOEWENSTEIN, G.; RABIN, M. (Coords.) *Advances of Behavioral Economics*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- ¹⁷ "(...) há um elemento epistemológico que necessita ser desmistificado para a melhor compreensão deste movimento: a distinção entre (i) 'direito e economia positivo' e (ii) 'direito e economia normativo'. Como salienta Bruno Salama, estas são duas dimensões distintas e independentes. A vertente positiva se ocupa das repercussões do direito sobre o mundo real dos fatos, já a vertente normativa se ocupa de estudar se, e como, 'noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar'". (SALAMA, 2011, p. 104 *apud* ZANATTA, s.d., p. 09, *negrito* nosso).
- ¹⁸ Cf. SCHUARTZ, Luiz Fernando *in* Consequencialismo Jurídico, Racionalidade decisória e malandragem. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 130-158.

- ¹⁹ Por certo, o autor italiano, na sua obra “Juízes legisladores?”, não via com maus olhos a concepção de um “terceiro gigante”. Cite-se a fonte originária, CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. “Parcela da doutrina considera que os Tribunais, ao exercerem em sua plenitude a criatividade judiciária, estão adentrando na área específica do poder Legislativo, cuja função principal, segundo a teoria montesquiniana da separação dos poderes, seria a de elaborar a lei. Haveria, com essa atividade legislativa imprópria, um comprometimento da teoria basilar dos modernos regimes democráticos. Entretanto, há quem considere que o exercício do Direito Judiciário representa o fortalecimento de um dos poderes do Estado, justamente para permitir o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, os *checks and balances* norte-americanos.” (OLIVO, 2000, p. 83, negrito nosso).
- ²⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1123., de onde se conclui o conceito de *sistema aberto de regras e princípios*. Aqui, propositalmente, parafraseamos, às avessas, criticamente, acerca de um suposto “*sistema fechado*” de regras e princípios.
- ²¹ Neste particular, tem-se que a atividade interpretativa exerce uma tarefa que vai além do mero pressuposto de aplicação de uma norma jurídica. A interpretação assume, aqui, a relevante função de tornar-se um fator de constante atualização e até mesmo renovação e toda a ordem jurídica. Através da interpretação, torna-se possível a adaptação das normas jurídicas às mudanças ocorridas no seu seio da sociedade, à sua natural evolução, ou até mesmo o surgimento de novos valores e ideologias. (BASTOS et MEYER-PFLUG, 2010, p. 157, negrito nosso)
- ²² “Um modelo bastante utilizado pelos autores para explicar a formação do arranjo constitucional é denominado de *dilema do prisioneiro*. Nesse jogo é apresentada uma situação em que interesses privados e a busca por ganhos individuais se tornam mutuamente prejudiciais e excludentes. Assim, interesses privados não podem ser defendidos sem perdas para o outro jogador. Foi demonstrado que a melhor solução no *dilema do prisioneiro* está na ação coordenada entre os prisioneiros, mais do que na busca isolada e racional de interesses pessoais egoísticos. Essa forma de ação coletiva é capaz de produzir resultados mais positivos que a mera ação individual.” (CALIENDO, 2009, p. 26, negrito nosso).

- ²³ “A produção do Direito por obra dos juízes é chamada por Mauro CAPPELLETTI, de ‘criatividade da função jurisdicional’, no estudo em que procura justamente desvendar a questão: saber se o juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, da criação do direito. A expressão Direito Judiciário foi utilizada por BENTHAN, em meados do século XIX, para designar a atividade do juiz, que ao declarar o direito existente estava na verdade criando o Direito. O Direito Judiciário inglês, não codificado, segundo ele, proporcionava uma série de vícios, como a incerteza, obscuridade, confusão e a dificuldade na averiguação. Para CAPPELLETTI, pouco importa se há diferença conceitual entre interpretação e criação do Direito. O verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos tribunais.” (OLIVO, 2000, p. 84/85, negrito nosso).
- ²⁴ Daí “a consciência do custo em matéria de aplicação dos direitos apresenta um sério desafio para o Judiciário, precisamente porque demanda atenção para uma ampla gama de demandas conflitantes quanto ao orçamento público, enquanto os juízes são necessariamente vinculados a uma determinada controvérsia, estritamente definida. Sem dar muita atenção para possíveis usos alternativos dos escassos dólares dos contribuintes, por exemplo, os juízes estadunidenses regularmente obrigam os governos das grandes cidades a distribuir milhões de dólares dos contribuintes em indenizações. Será esta uma forma democrática e moralmente responsável para gastar escassos recursos públicos? Por que esse dinheiro não é gasto em educação pública e saúde pública? (HOLMES et SUNSTEIN, 1999, pp. 224/225, negrito nosso, tradução nossa).
- ²⁵ Forte lição sobre a importância da interpretação constitucional apresenta Virgílio Afonso da Silva, no excerto: “Se é verdade que a interpretação constitucional não é igual à interpretação jurídica geral – e eu estou convencido de que, pelo menos em parte, não é -, então, é tarefa da doutrina constitucional discutir de forma *concreta* não somente o método ou conjunto de métodos – *desde que compatíveis* – que ache aplicável à Constituição Brasileira, mas também iniciar uma discussão de base, isto é, uma discussão de conteúdo, que vá além da discussão metodológica.” (SILVA, 2010, p. 141).