

**ANÁLISE ECONÔMICA E PONDERAÇÃO NORMATIVA:  
LIMITES E POTENCIALIDADES DO DIÁLOGO *LAW & ECONOMICS***

**ECONOMIC ANALYSES AND NORMATIVE PONDERATION:  
LIMITS AND POTENTIALITIES OF LAW & ECONOMICS DIALOGUE**

**AUTOR:**

GUSTAVO ADOLFO MENEZES VIEIRA

**RESUMO**

O presente artigo insere-se no campo epistemológico *Law & Economics*, tendo como objetivo traçar uma reflexão crítica acerca dos custos intrínsecos de realização dos direitos fundamentais, de modo a buscar respostas dogmáticamente mais adequadas aos dilemas de decidibilidade constitucional. Nesse sentido, mediante pesquisa qualitativa exploratória predominantemente bibliográfica, este trabalho visa estabelecer um diálogo metodológico entre análise econômica e ponderação normativa, sob o *leitmotiv* da proporcionalidade e da eficiência. Ao avaliar as relações entre Direito e Economia, constata-se a existência de fatores em comum favoráveis a essa interação interdisciplinar, bem como as inconsistências tanto de um modelo normativo-decisório não consequencialista quanto de um padrão de decidibilidade excessivamente economicista. Destarte, conclui-se pelas insuficiências teóricas de posicionamentos autistas (seja jurídico, seja econômico), propugnando-se a consecução de um diálogo construtivo de ambas as áreas do conhecimento sob a égide de um sopesamento deontológico.

**Palavras-chave:** *Law & Economics*; direitos fundamentais; custos do direito; análise econômica; ponderação normativa.

**ABSTRACT**

The following article is inserted on the Law & Economics epistemological field. It aims to draw a critical reflection about the intrinsically costs of implementation of fundamentals rights, thus seeking to propose more appropriate answers to the dilemmas of constitutional decidability. In this sense, through predominantly bibliographic exploratory qualitative research, this work intends to establish a methodological dialog between economic analysis and normative balancing, under the *leitmotiv* of proportionality and efficiency. The evaluation of the relationship between law and economics evidences the existence of favorable common factors to this interdisciplinary interaction, in so far as the inconsistencies of a no consequencialist normative decision-making model, or a pattern of juridical decidability exclusively economic-based. Therefore, this paper concludes the theoretical insufficiency of an autistic position (either juridical, either economical), proposing the achievement of a constructive dialogue of both areas of knowledge, under the aegis of a deontological weighing.

**Key-Words:** *Law & Economics*; fundamental rights; costs of rights; economic analyses; normative balancing.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios do direito, enquanto ordem normativa que se queira vinculante, é a problemática da fundamentação racional das decisões judiciais. A esse mister, a tradição jurídica volta-se em geral ao passado. Deveras, seja na observância do *stare decisis* do *Common Law*, seja na deferência legislativa de seu homólogo continental, a Ciência do Direito decide o presente com base em posições pretéritas e com isso, por vezes, descarta o futuro.

Em que pese a irrefragável necessidade de estipulação de amarras normativas que impeçam os efeitos nefastos de um voluntarismo judicial sem limites, deve-se ter cautela com uma interpretação constitucional pautada exclusivamente por um marco normativista. O culto inconsequente à norma pode ensejar efeito diametralmente opostos aos fins a que a aplicação desta se propõe. Nesse orbe, a análise econômica do direito, integrada à técnica de ponderação principiológica, lança novas luzes acerca da decidibilidade dos direitos fundamentais. O diálogo *Law & Economics* engendra um efeito imunizador à hipertrofia de um padrão decisório monolítico, impingindo uma conformação conglobante à realização do Direito.

Nesse quando, em um primeiro momento, o presente artigo analisará a relevância de uma interpretação pragmática dos direitos fundamentais. Em seguida, será analisada a estrutura dogmática desses direitos, nos moldes de um modelo normativo misto de regras e princípios. A partir da própria dinâmica decisória principiológica serão traçados os elementos de concordância e potencialidades reflexivas entre Direito e Economia. Por fim, em um último momento, avaliar-se-á os limites dessa interação, ressaltando-se a importância de consecução de um *quid* arquimediano entre ambos os campos epistemológicos.

## 2 OS INEXORÁVEIS CUSTOS DO DIREITO

### 2.1 PRODIGALIDADE E PRAGMATICIDADE

Decerto, todos os direitos fundamentais envolvem custos a sua realização, nesse sentido, todos são direitos positivos, no sentido que envolvem custos intrínsecos e, obviamente, não apenas na acepção comum de direito vigente. O direito ao voto não pode ser desempenhado sem verbas destinadas à realização dos procedimentos eleitorais. Tampouco a liberdade pode ser

exercida sem a garantia de um custoso aparato de segurança pública. O próprio acesso à justiça impescinde de recursos suficientes à criação e manutenção dos tribunais.

Com argúcia, Stephen Holmes e Cass Sustein (1999) apontam que, à construção kelseniana que a dado direito do cidadão corresponde a uma obrigação do funcionário estatal, deveria ser acrescentado que esse funcionário deve, necessariamente, ser pago. Do mesmo modo, o clássico posicionamento de Norberto Bobbio (2004, p.23) de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los”, poder-se-ia acrescentar a necessidade de custeá-los. Além de político, a tutela de direitos é, deveras, um problema econômico.

Isso implica tratar com ressalvas a “prodigalidade textual da Constituição” (GALDINO, 2005, p. 338), ser pragmático (não no sentido semiótico ou pejorativo), mas em seu aspecto cotidiano. Desse modo, antes de afirmar que uma pessoa tem dado direito fundamental (definitivo), deve-se analisar antes seus custos, de modo a evitar que a faticidade sucumba a uma validade descolada da realidade. Com isso não se quer dizer que a configuração de dado direito *in abstracto* seja determinado pelo aspecto econômico, mas sim que este *in concreto* é passível de restrições, em vista das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização (ALEXY, 2008). Nesse mesmo sentido seguem tanto Ingo Sarlet (2011) como Gustavo Amaral (2010) e Gomes Canotilho (2008, p.108) que assenta: “o recorte jurídico-estrutural de um direito não pode nem deve confundir-se com a questão de seu financiamento”. Diferencia-se, desse modo, o direito “garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos subjetivos de admissão”, da “reserva do possível, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (ALEXY, 2008, p.439).

## 2.2 NORMATIVISMO E CONSEQUENCIALISMO

Desse modo, para além do plano estritamente normativo, uma interpretação constitucional consequencialista, que leve em conta os custos dos direitos fundamentais, figura instrumento imprescindível à manutenção de integridade do sistema jurídico. Pode-se dizer que o Direito é um “servo de dois senhores”, da lei e da realidade (AMARAL, 2010). O nó górdio, nesse contexto, é definir o conteúdo dessa relação bifronte no campo da *Lex Legum*.

Nesse aspecto, Stephen Holmes e Cass Sustein (1999) destacam a “futilidade” de discussões interpretativas com alto teor de abstração. Pode-se dizer que tergiversações teóricas perdem-se nas brumas do “mundo dos conceitos” (GALDINO, 2005).

Se em casos simples há possibilidade de justificação interna mediante lógica dedutiva e inferências, os “casos difíceis” (*hard cases*), nos termos de Ronald Dworkin (2002), especialmente os que encerram “escolhas trágicas” (*tragic choices*), na expressão de Guido Calabresi (1978), demandam justificativa mais complexas. Nesses termos, não se pode perder de vista que decisões jurídicas implicam (re) alocação de recursos, portanto, envolvem escolhas de “primeira ordem” (*first order*) sobre o que atender e de “segunda ordem” (*second order choices*) sobre a quem atender (CALABRESI, 1978). Supor que os custos de realização de direitos não serão arcados por outras pessoas em situações concretas, seus “financiadores ocultos”, resta uma “profissão de fé” (AMARAL, 2010).

Afinal, “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério<sup>1</sup>” (HOLMES;SUSTEIN, 1999, p. 94), pois “direitos não nascem em árvores”. (GALDINO, 2005, p.347). A interpretação constitucional, portanto, não deve ser pautada por um fetiche normativo, sob o risco de sua reificação do Direito. Em uma visão estritamente normativista, nos termos de Flávio Galdino (2005, p.114), o *cogito ergo sum* torna-se um ilusório *cogito ergo est*: trata-se da nefasta “expropriação dos fatos pelo direito” que pode ensejar uma “esquizofrenia jurídica” (GALDINO, 2005, p.334).

A Constituição não se duvida, há de ser cumprida. Porém, deveras, à mesma não cabe normatizar o infactível. O culto à norma, à fetichização do positivo, tem como objeto “afastar nossos olhares de horror das trevas e poupar ao ‘sujeito’ pelo bálsamo salutar da aparência” (NIETZSCHE, 2004, p.121). Acostumamo-nos, portanto, a uma genealogia positivista acrítica, rendemo-nos aos monumentos legislativos de uma “cultura bacharelesca”, esse interesse quase que bizantino pelos livros (HOLANDA, 1995). Ao renegar-se o aspecto consequencial do fenômeno jurídico, opera-se uma “*décalage* regulativa [...] o modo normativo-intervencionista descarta a necessidade de informação, quer no momento do impulso regulativo, quer na fase de controle” (CANOTILHO, 2008, p. 258).

---

<sup>1</sup> Tradução livre do original: “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”.

Esse *gap* informativo “mutila o conflito social, reduzindo-o ao caso legal e desse modo exclui a possibilidade de uma adequada pró-futuro resolução socialmente compensadora<sup>2</sup>” (TEUBNER, 1987, p.8). Logo, torna-se necessária uma virada hermenêutica na interpretação constitucional, com vistas a tornar operacionais os direitos fundamentais. Deve-se afastar-se a ingenuidade/ ideologia de que os custos do direito não devem ser levados em consideração em sua aplicação. Torna-se necessário superar a ilusão de que a resolução de problemas concretos esteja adstrita meramente a penas em uma folha de papel. Nos dizeres de Stephen Holmes e Cass Sustein (1999), portanto, à visão em “retrospectiva” (*backward looking*), típica dos juristas, voltada ao aspecto normativo-procedimental, mister se faz necessário analisar os problemas jurídicos sob um viés “prospectivo” (*forward looking*), característico dos economistas, voltado às consequências da aplicação do direito no caso concreto. Afinal,

ao abordarmos o ‘direito à universidade’, teremos nós, constitucionalistas, alguma ideia sobre a estrutura de trabalho e da bolsa de emprego? Ao insistirmos nos novos direitos sociais de minorias populacionais, como, por exemplo, os indivíduos soropositivos, saberemos que cada indivíduo gasta nos últimos dois anos terminais da doença alguma coisa em torno de dois milhões de escudos por ano, o equivalente a um apartamento de duas assoalhadas? Ao proclamarmos o indeclinável direito à segurança social, teremos nós as noções mínimas sobre regimes pessimísticos e sobre a distribuição do financiamento por várias gerações? (CANOTILHO, 2008, p.99-100).

O jurista afinal “ignora muitos dos problemas econômicos e cai na convicção legal de que todos os problemas do mundo podem ser solucionados, desde que apenas de disponha de uma legislação apropriada” (VELJANOWSKI, 1994, p.20). Nada mais equivocado. Faz-se premente, portanto, integrar ao processo interpretativo dos direitos fundamentais a pragmática consequencialista. Nesse plano que se revela de especial relevância o diálogo entre análise econômica do direito e a tecnologia decisória da ponderação de princípios, como se verá a seguir.

### **3 A TECNOLOGIA DECISÓRIA DA PONDERAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA**

#### **3.2 REGRAS E PRINCÍPIOS: POR UM MODELO NORMATIVO-ESTRUTURAL MISTO**

Sabe-se bem que um modelo normativo puro de regras, tal como proposto por Herbert Hart (2007), relega a elementos extrassistêmicos a discricionariedade do intérprete quando da decisão de casos de maior complexidade.

---

<sup>2</sup> Tradução livre do original: “*It mutilates the social conflict, reducing it to a legal case and thereby excludes the possibility of an adequate future orientated, socially rewarding resolution*”.

Contrapõe-se a esse modelo, Ronald Dworkin (2002) aduz que, para além de regras, dirigidas por uma lógica de “tudo ou nada” (*all or nothing*), a Ciência do Direito é regida por princípios, preceitos normativos que, para além da validade, incorporam a dimensão de sopesamento. Desse modo, a atribuição argumentativa de maior peso a um dado princípio em detrimento de outro em certo caso concreto, não afeta sua dimensão de validade. Ou seja, o afastamento de um princípio operacionaliza-se mediante “ponderação” (*Abwägung*), de maneira *ad hoc*, não sendo excluído do ordenamento do qual decorre. As decisões jurídicas, mesmo em *hard cases* operam-se, portanto, mediante critérios jurídicos. Esse modelo normativo misto de regras e princípios parece ser um instrumental mais adequado para analisar a decidibilidade constitucional.

Nos termos da “Teoria dos Direitos Fundamentais” (*Theorie der Grundrechte*) de Robert Alexy (2008), adotada como referencial neste artigo<sup>3</sup>, o *quid* diferencial entre ambas as espécies normativas é eminentemente lógico-estrutural. De acordo com essa distinção, princípios são mandados de otimização dentro de possibilidades fático-jurídicas existentes, ao passo que regras são determinações de âmbito fático-jurídico possível. Um conflito entre regras, nesse diapasão, apenas pode ser resolvido mediante adoção de uma cláusula de exceção ou se uma delas for considerada inválida (como através do critério de especialidade e/ou temporalidade). Ou seja, a impossibilidade de aplicação normativa de regras no caso concreto corresponde a sua própria invalidade sistêmica.

O nível de princípios, por seu turno, reflete um dever ser ideal, cuja passagem ao dever ser real envolve necessariamente tensões, conflitos e colisões entre valores<sup>4</sup>. A não aplicação de um princípio no caso concreto não ilide sua validade. O que ocorre é seu afastamento sistêmico pontual, a partir de uma lógica de precedência deontológica no caso concreto. Por ser uma diferenciação lógico-estrutural e não axiológico-material, a distinção entre princípios e regras, nada diz sobre a fundamentalidade de cada preceito normativo no interior do sistema jurídico. Destarte, o brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, mesmo sendo de extrema relevância sistêmica, encerra estruturalmente regras e não princípios (SILVA V, 2003).

---

<sup>3</sup> Desse modo, em que pese as percucientes observações desenvolvidas por Humberto Ávila (2004) acerca da Teoria dos Princípios, as mesmas não serão objeto de análise no presente trabalho, o que, pela riqueza teórica, demandaria uma investigação própria.

<sup>4</sup> Apesar de semelhantes, princípio e valor não se identificam. De acordo com a divisão de conceitos práticos, podemos identificar princípios enquanto preceitos que possuem caráter deontológico (que remetem à modalidades deonticas básicas do dever ser). Princípios expressam juízos de valor; eles têm valor, mas não são, em si, valor (ALEXY, 2008).

No mesmo sentido, a concepção de princípio aqui trabalhada não se confunde com sua acepção jusfilosófica de causa primeira (nos moldes do *cogito* cartesiano), ou com a concepção oitocentista que atribui à sua função mero caráter integrativo-interpretativo (como se depreende do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Igualmente não prospera, à luz do presente referencial, intelecções que distinguem ambas as espécies normativas por mero grau de abstração, segundo propugnam *vg* Raul Machado Horta (1997) e Humberto Ávila (2004).

### 3.2 COLISÃO E PRECEDÊNCIA: O ESCRUTÍNIO DA PROPORCIONALIDADE

O espectro de incidência principiológica resta terreno fértil a albergar a dimensão econômica da consecução de direitos fundamentais. Segundo estrutura de decidibilidade normativa proposta por Robert Alexy (2008), no caso de colisão entre dois princípios abstratamente no mesmo nível, (P<sub>1</sub>) e (P<sub>2</sub>), ambos devem ser sopesados, de modo a estabelecer uma relação de precedência (P), de acordo com as circunstâncias de dado caso concreto (C). Desse modo, podem-se aduzir as seguintes fórmulas: (P<sub>1</sub> P P<sub>2</sub>)C ou (P<sub>2</sub> P P<sub>1</sub>)C. A questão decisiva é, portanto, estabelecer sob quais condições (C) dado princípio deve ceder em face do outro. Nesses termos, pode-se deduzir a lei de colisão (k) nos seguintes termos: se do princípio P<sub>1</sub>, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, há uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C→R.

Essa “regra de precedência” possui tantos atributos de suporte fático quanto o princípio prevalecente possui condicionantes de precedência. Logo, o caminho que vai do princípio ao direito definitivo passa por uma necessária relação de preferência que fundamenta um sistema diferenciado de regras. A fundamentação racional dessa preferência é passível de todos os argumentos disponíveis na argumentação constitucional como: vontade do constituinte, consensos dogmáticos, precedentes jurisprudenciais e, especialmente para os fins deste artigo, análises econômicas e argumentos consequencialistas. Desse modo, não se pode ilidir a racionalidade dessa operação sem acometer à pecha de irracional grande parte do que se entende como Ciência do Direito. Tal procedimento, não é diferente da fundamentação de regras semânticas criadas para tornar conceitos vagos precisos. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, o qual, de acordo com a lei de colisão já descrita, corresponde a uma regra de decisão diferenciada.

Associa-se, portanto, a lei de colisão tanto à teoria da argumentação jurídica como à análise econômica do direito. A lei de colisão é permeada pela noção de proporcionalidade. De natureza polêmica, sua natureza é divergente na doutrina. Robert Alexy (2008) a considera ora como regra, ora como princípio. Já Humberto Ávila (2004) a reputa como postulado normativo específico. Há quem defenda ainda sua identidade com o princípio da igualdade (AMARAL, 2010) e outros que a assemelham à razoabilidade (BARROSO, 2009). Considera-se aqui mais pertinente reputar à proporcionalidade a conceituação de postulado sistêmico, tendo em vista sua posição privilegiada na construção do raciocínio jurídico. A proporcionalidade não está sujeita à ponderação, ela a envolve; não possui conteúdo material, antes o possibilita. Não há de se falar em Direito desproporcional.

Independente da corrente adotada (postulado, princípio ou regra), entretantes, todas fazem uso da construção conceitual moderna do termo pela jurisprudência alemã que subdivide a proporcionalidade em três elementos: (a) adequação - compatibilidade entre meios e fins (idoneidade da medida); (b) necessidade - escolha do meio de realização mais suave (vedação ao excesso); e (c) proporcionalidade em sentido estrito - sopesamento custo-benefício (ponderação entre ônus e proveito). Pode-se dizer que a máxima da proporcionalidade decorre da própria natureza da teoria dos princípios e sua conceituação enquanto mandatos de otimização em face das possibilidades fáticas (de onde decorrem as máximas parciais de necessidade e adequação) e jurídicas (de onde decorre a máxima da proporcionalidade *stricto sensu* ou de sopesamento).

Nesses termos, no plano fático, um princípio de proteção  $P_1$  pode ser satisfeito mediante várias medidas de  $M_1$  a  $M_5$  (todas elas, portanto, “adequadas” à sua consecução). Dentre essas, as mais efetivas, ou eficientes economicamente, são  $M_1$  e  $M_2$  (ou seja, são de fato, “necessárias” à sua realização). Nesse caso, do ponto de vista estrito de  $P_1$ , exige-se a adoção discricionária de  $M_1$  ou  $M_2$ . Entretanto, a análise não se limita a considerações fáticas, mas deve ser analisada sobre o ponto de vista de possibilidades jurídicas. Logo, é possível haver um princípio colidente  $P_2$ , sendo imprescindível o sopesamento jurídico entre ambos (proporcionalidade em sentido estrito). Esse exame pode levar à conclusão de que as medidas  $M_1$  e  $M_2$  afetam o campo de proteção de  $P_2$  de forma mais intensa que tutelam o bem jurídico almejado por  $P_1$ . Logo, o campo de discricionariedade para realização de  $P_1$  desloca-se para a utilização justificada de  $M_3$  ou  $M_4$ . Porém, ainda aqui,  $M_4$  pode afetar  $P_2$  de forma mais intensa que  $M_3$ , de modo que deixe apenas a adoção de  $M_3$  justificada.

Desse modo, de um campo de cinco medidas *a priori* efetivas, o campo de discricionariedade exaure-se em apenas uma alternativa viável. A tecnologia de ponderação tal como exposta fora alvo de diversas críticas, entre as quais a que o caráter principiológico derrubaria o “muro de proteção” em torno dos direitos fundamentais (HABERMAS, 2003). Ou seja, a ponderação de valores, mesmo que estribada sob da tecnologia decisória da proporcionalidade, mascararia um decisionismo voluntarista, insuscetível de controle de racionalidade (STRECK, 2007). Robert Alexy (2008) refuta esses argumentos ao aduzir ser possível auferir uma escala racional de afetação dos direitos fundamentais em três níveis: leve (l), sério (s) e moderado (m).

Nesses termos, uma intensidade (I) de afetação moderada (m) de um dado princípio ( $P_1$ ), sobre as condições fáticas C, pode ser descrito por:  $IP_1C$  (m). No caso de colisão, prevalece o preceito cujo grau de afetação *seja in concreto* maior que seu análogo contraposto. Entrementes, podem ocorrer situações em que o grau de afetação entre dois princípios seja de igual intensidade. É o que sucede quando, em dado caso de colisão, a realização de um princípio ( $P_1$ ), enseja lesão tão séria (s) a outro princípio contraposto ( $P_2$ ), quanto a lesão que seria acometida a  $P_1$  no caso de realização de  $P_2$ . Essa situação pode ser descrita pela seguinte fórmula:  $IP_1C$  (s) /  $IP_2C$  (s). Nesses casos, a decisão favorável a um ou outro princípio será, deveras, indiferente no plano normativo.

Entrementes, a impossibilidade de uma ordenação rígida não ilide uma ordenação flexível que pode ser dada pela precedência *prima facie* (ônus argumentativo não definitivo) aos *standards* jurisprudenciais de um Tribunal Constitucional (ALEXY, 2008). Em busca de operacionalizar esses *standards*, a questão fundamental é estabelecer quais elementos justificadores capazes de engendrar uma racionalidade decisória consistente. Nesse contexto que a análise econômica torna-se instrumento analítico propenso a auxiliar o plano de decidibilidade jurídica dos direitos fundamentais, como será analisado a seguir.

#### **4 LAW & ECONOMICS: ESSES (DES) CONHECIDOS**

##### **4.1 COMMON GROUND: EM BUSCA DE UM DENOMINADOR COMUM**

A análise econômica do direito configura subsídio de extrema utilidade para mensuração da intensidade de afetação de determinados princípios e, por conseguinte, identificar qual direito fundamental deve prevalecer no caso concreto<sup>5</sup>. Se de um lado, no nível alto de generalidade, é relativamente mais fácil de ser identificado um conjunto fechado de princípios, resta mais difícil sua hierarquização. No plano mais concreto ocorre o inverso, torna-se mais fácil a hierarquização, porém mais difícil identificar o repertório em sua totalidade (ALEXY, 2008). Nesse cotejo, ordenações cardinais ou ordinais são inaceitáveis por implicar em uma precedência totalitária abstrata. Nas escalas cardinais, esse resultado pode ser mitigado se, além da hierarquia de valor, haver uma escala de intensidade na sua realização. Porém, ainda aqui, os parâmetros de metrificação seriam em grande medida arbitrários. Nesse cotejo, a análise econômica do direito dá subsídio à superação das objeções que reputam ser a subjetividade de uma cognição moral estranha a percepções empíricas ou ao pensamento analítico. Nesse quadro, além de ser possível sustentar uma teoria dos valores não intuicionista, é possível mensurá-los economicamente. Para desenvolver esse entendimento, resta fundamental assentar duas premissas essenciais.

A primeira delas é reconhecer que tanto o direito como a economia trabalham sobre pressupostos comuns: a distribuição de recursos finitos em meio a infinitas pretensões humanas. Nesse prisma, uma decisão jurídica sobre determinado direito fundamental aloca recursos escassos em benefício de alguma (s) pessoa (s), em detrimento a outra (s). Em suma, sem recursos, o direito não se realiza. Não se pode tirar conclusões normativas exclusivamente abstratas. Cada decisão judicial gera inexoráveis *trade-offs*. Ou seja, há um custo de oportunidade, no qual o benefício auferido por um deixa de ser usufruído por outrem. O problema que se coloca é que, no mais das vezes, oblivia-se essas externalidades quando da tutela de direitos fundamentais. Isso acarreta uma ponderação viciada e assimétrica em prol de dado valor, sem sopesar seu devido contraponto principiológico. A crença na ausência de custos de alguns direitos permite justificar sua tutela preferencial, mascarando-se uma determinada lógica distributiva sob a falsa aparência de neutralidade; uma espécie de *status quo neutrality* (GALDINO, 2005).

---

<sup>5</sup> Como bem demonstra Richard Posner (2010), a análise econômica não deve ser confundida com o utilitarismo clássico de Jeremy Bentham. Voltado à promoção da “felicidade”, o modelo ético-jurídico utilitarista padece de um inafastável subjetivismo em sua mensuração, que pode gerar “monstruosidades morais”. Por uma perspectiva estritamente utilitarista, na ponderação de valores, haveria de se levar em consideração a felicidade de quem quer que seja, inclusive o prazer sádico de um assassino serial. Nos dizeres de Friedrich Hayek (1985a) o utilitarismo se resume a uma “falácia construtivista”.

A segunda premissa refere-se à possibilidade da afetação de determinado princípio ter seu “valor” mensurado economicamente (POSNER, 2010). Esse *quantum*, longe de ser algo abstrato, pode, muitas vezes, ser encontrado no repertório de “preços” de um ambiente mercadológico. “Valor”, em termos econômicos, equivale à medida de troca no âmbito de um mercado; a quanto as pessoas estão dispostas a pagar por determinada mercadoria. “Preço” corresponde ao valor de dada mercadoria para um consumidor marginal. Embora a atribuição valorativa em geral encerre considerações não monetárias, em termos pragmáticos, sua monetarização é uma práxis social, haja vista, *vg* a transação do risco de morte em atividades perigosas por benefícios materiais maiores (vide os adicionais contidos no art. 192 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT).

Desse modo, à luz da análise econômica, a ponderação de princípios colidentes pode ser realizada à luz do critério de “maximização de riqueza” (*increase of wealth*), correspondente ao valor (preço) de todas as mercadorias e serviços de uma dada sociedade, além dos superávits de consumidores e produtores; ou seja, a satisfação de preferências totais financeiramente sustentadas por um dado mercado (POSNER, 2010). De acordo com esse critério, a decidibilidade jurídica deve ser pautada por uma lógica de eficiência econômica que maximize os benefícios de dada decisão em detrimento de seus custos sociais; o que corresponde à otimização da aplicação dos recursos em vista dos fins reputados essenciais à ordem constitucional.

Nessa seara, instrumentos analíticos da análise econômica como o critério de eficiência de Pareto e o de Kaldor-Hicks são passíveis de utilização na ponderação de valores. No método de mensuração de Pareto, pode-se considerar determinada conduta lícita quando beneficia ao menos uma pessoa sem prejudicar ninguém. No método de Kaldor-Hicks ou “superioridade potencial de Pareto”, em vista das dificuldades de não afetação de terceiros, estabelece-se que o aumento de proveito de dado indivíduo seja suficiente para compensar eventuais prejuízos de terceiros. Para além desses critérios, a análise econômica volta-se à análise da utilidade marginal, a partir de transações voluntárias, em um ambiente de livre mercado (POSNER, 2010).

Nesse diapasão, no campo da responsabilidade civil, de acordo com a Fórmula de Hand<sup>6</sup> (VELJANOVSKI, 1994), a culpabilidade pode ser medida através da possibilidade de ocorrência

---

<sup>6</sup> Refere-se a raciocínio esposado pelo juiz americano Learned Hand no caso “*Halley v London Electricity Board*” (1964). Nesse caso, um cego ao chocar-se com um obstáculo, perdeu igualmente a audição. Vale dizer que, apesar do grande aporte teórico atual da Escola de Chicago sobre a matéria, Richard Posner (2010) atenta para o fato de que a análise econômica do direito é derivada, ainda que intuitivamente, da própria práxis jurisprudencial do *Common*

do sinistro (P) multiplicada pelo prejuízo material efetivamente auferida pela vítima (L). O ônus das precauções (B) deve ser, portanto, inferior à culpabilidade (P.L); ou seja:  $B < (P.L)$ . Tome-se como exemplo o caso hipotético de um sinistro marítimo na qual um navio a fundear no porto tenha a proa danificada pela ausência de defensas no cais. Sendo a probabilidade de acontecimento desse acidente 1/100 e o valor de reparação do casco do navio em R\$100.000,00, tem-se o montante de custo estimado do acidente em R\$10.000,00. Ou seja, se os custos estimados para a Companhia das Docas reparar as defensas do atracadouro for inferior ao montante do acidente, resta patente seu comportamento negligente. Entretanto, se a prevenção do sinistro demandar expensas superiores às suportadas pelo armador do navio, esse ônus de precauções seria inexigível. O modelo econômico formal de negligência pode ser mais bem analisado a partir de um *continuum*, com base em seu custo marginal e não nos custos totais. Percebe-se, pois, como a análise econômica permite oferecer certo grau de objetividade na decisão jurídica.

De igual modo, é possível estabelecer uma relação construtiva entre o sopesamento de princípios e o célebre Teorema de Coase<sup>7</sup> (COASE, 1960). Esse teorema toma como base caso do *Common Law* (*case Sturges v Bridgman*) que se refere ao conflito entre duas atividades econômicas exercidas contiguamente: a de um médico, que precisa de silêncio para realizar seu mister e, do outro, um confeitiro cuja atividade provoca considerável ruído. Se, de um lado, o ruído impede o exercício profissional do médico, impossibilitando-o de atender seus pacientes e auferir uma renda de \$600,00 mensais, a suspensão da atividade da confeitaria ocasionaria a falência do estabelecimento contíguo com a perda da renda de \$300,00 mensais a seu proprietário. Desde já se torna patente a dimensão de *trade-off* na relação entre ambos os profissionais. Nessa perspectiva, o valor agregado da renda do médico comporta um poder de compensação da atividade do confeitiro. Nesse plano, sendo o direito de propriedade do confeitiro, a solução adequada não seria o médico ser proibido de exercer seu *métier* (possível solução aplicável por um tribunal sem levar em consideração a análise econômica do direito).

---

*Law*. Este, porém, não é um entendimento pacífico. Em sentido contrário, Ronald Dworkin (1980) e Guido Calabresi (1980).

<sup>7</sup> Em que pese levar seu nome, não fora Ronald Coase (1960) em seu célebre artigo “*The Social Cost*” que cunhara a expressão, mas outro economista, George J. Stigler, a partir do citado artigo (COASE, 1997). Situação por sinal análoga a experimentada pela metáfora arquitetônica “Pirâmide de Kelsen” que apesar de levar o nome do fundador da Escola de Viena, fora concebida por um de seus discípulos, Adolf Merkl (DOMINGO, 2009).

A alternativa ótima negociada seria a livre compensação pelo médico ao confeitiro para que este não faça barulho. Se com o silêncio necessário, o médico perfaz a renda de \$600,00, é possível ao mesmo destinar \$350,00 à confeitaria e manter uma renda de \$250,00. Desse modo, tanto o confeitiro passaria a ganhar mais do que os \$300,00 originários como o médico, com essa “barganha” (*bargain*) evitaria de ficar sem renda alguma. Destarte, de acordo com a análise econômica, a ponderação valorativa entre direitos de vizinhança, de um lado, e livre exercício da atividade econômica, de outro, pode ser objetivamente mensurada.

#### 4.2 *SIDE EFFECTS*: OS EFEITOS COLATERAIS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Assentadas as bases supradelineadas das relações entre Direito e Economia, outros exemplos de diálogo entre análise econômica e ponderação normativa podem ser perustrados a seguir:

No caso da transação penal, podemos elencar como princípios princípio colidentes, de um lado, a presunção de inocência e, de outro, a celeridade processual. Pela análise econômica, pode-se constatar que a negociação prévia é menos custosa, por oferecer ganhos relativos tanto ao promotor como ao acusado (POSNER, 2010). Estimula-se admitir a culpabilidade, angariando uma sanção mais suave, de modo a reduzir os riscos diante das incertezas de um julgamento.

Evita-se assim, os custos dos desgastantes trâmites processuais. Decerto, essa relação está sujeita a variáveis diversas como a gravidade do crime; tendo o delito alto impacto social, seus custos tornam-se por demasiado elevados para permitir uma dissociação transacional. Entrementes, a análise econômica permite fundamentar uma ponderação valorativa que enseja uma concepção de devido processo legal mais flexível em crimes de menor potencial ofensivo.

Essa mesma lógica pode ser aplicada no caso de uma ação promovida por uma associação de moradores contra a instalação de uma fábrica de insumos agrícola em dada localidade. Nessa hipótese, a emissão de efluentes levaria à depreciação imobiliária no entorno do empreendimento. Nesse prisma, sopesam-se, de um lado, os custos de transferência da fábrica em face do custo total de depreciação imobiliário decorrente de sua instalação na localidade promotora da ação judicial (POSNER, 2010). É importante salientar que a análise econômica tem como variável a posição jurídica do sujeito (consumidor ou proprietário).

Nesse orbe, quando os custos são proibitivos, as transações voluntárias não constituem meios idôneos à alocação de recursos (POSNER, 2010). Esse é o caso da aplicação do princípio da bagatela. Nessa hipótese, os valores envolvidos não encontram correspondência no mercado real. É o que ocorre, por exemplo, no furto famélico. A utilidade marginal desse bem para aquele que furta seria tão elevado que o valor econômico para este seria muito superior ao do proprietário. Desse modo, essas circunstâncias são, economicamente, excludentes de ilicitude.

No que tange ao direito fundamental à moradia, imagine-se, pois, um posicionamento jurisprudencial que, com o intuito de sufragar o preceito instituído no art. 6º CF, interpretasse restritivamente o art. 9º, III da Lei 8245/91, limitando o escopo da ação de despejo. A análise econômica do direito permite elucidar como esse tipo de posicionamento proativo, pretensamente provedor de justiça social, tem como consequência resultado antagônico ao que se pretende (VELJANOWSKI, 1994). Ao obstacularizar que o legítimo proprietário do imóvel possa exercer seu direito de reaver sua *res* a despeito da ausência de contraprestação sinalagmática de haveres de aluguel o Tribunal (Estado) interfere no livre fluxo do mercado. Decerto, outros proprietários, cientes desse posicionamento jurisprudencial (e ciosos da conservação de seu patrimônio) tomarão certas medidas para resguardar seus bens. O aumento do risco do negócio é evidente e isso repercute no incremento do custo da prestação

. Em outras palavras, haverá um aumento generalizado dos valores locatícios no mercado imobiliário, de modo a compensar o risco de ter de sustentar eventual inquilino inadimplente. Muitos investidores deixarão de reverter capital em bens imóveis em busca de outros tipos de investimentos mais lucrativos ou seguros. A escassez de investimento constrange a oferta que, mantida a demanda estável ou crescente, pressiona ainda mais valor dos aluguéis. Sucede que essa pressão inflacionária não é acompanhada necessariamente de aumento de renda da população em geral, que necessita de imóveis para alugar. Ao final e ao cabo, portanto, ao adotar uma postura interventiva no mercado imobiliário, supostamente em prol do direito fundamental à moradia, o tribunal aumenta seus custos gerais de transação. A Corte está, em verdade, afastando uma quantidade indeterminável de pessoas do acesso a esse direito. Os efeitos são justamente o inverso do que se pretende: o tiro sai pela culatra. Afinal, os direitos têm custos; alguém há de pagar por eles. Não despejar alguns acaba por levar outros tantos a ficarem sem teto. Escolhas trágicas são, por vezes, inevitáveis.

Por fim, suponha-se que um tribunal passe a restringir a possibilidade de suspensão de serviços apesar do inadimplemento da respectiva contraprestação à luz do direito fundamental à continuidade do serviço público. Para suprir o déficit da demanda a concessionária redirecionará o prejuízo aos demais consumidores através de um aumento tarifário generalizado (GALDINO, 2005). A retórica da gratuidade acaba por premiar maus usuários em detrimento coletivo, inclusive usuários hipossuficientes que, com aqueles, não se confunde.

Em suma, sob essa perspectiva, análise econômica, ao levar em consideração as externalidades da realização de direitos a outros titulares que não os expressamente consignados em dada relação jurídico-processual, pode ser utilizado como critério de decidibilidade jurídica, no sentido de promoção do bem-estar geral da sociedade. Este critério tenta situar-se entre as tradições filosóficas kantianas e as utilitaristas. Ao mesmo tempo em que não se petrifica um modelo normativo em torno de um imperativo categórico estanque insuscetível de ponderação (Kant), tampouco se encontra submetido ao subjetivismo de conceitos por demais fluídos como a felicidade utilitária (Bentham). A riqueza vincula-se à utilidade, porém ao corresponder a transações voluntárias de mercado, respeita escolhas individuais mensuráveis economicamente.

## ***5 HOMO JURIDICUS E ECONOMICUS: IN MEDIO STAT VIRTUS***

### ***5.1 VEXATA QUAESTIO: AS DESINTELIGÊNCIAS DO CAMPO EPISTÊMICO***

Em que pese as inegáveis contribuições da análise econômica à Ciência do Direito, não há de se perder de vista que a primazia de aspectos econômicos em detrimento de conteúdos éticos pode acabar por ensejar práticas totalitárias, uma espécie de “fascismo societal” (SANTOS, 1998). Nesse plano, a ênfase no ganho agregado pode ocasionar uma nefasta “ditadura econômica da maioria”; a tutela de direitos em uma ordem democrática não pode se realizar sem levar em consideração a tutela de interesses contramajoritários. Com efeito, a análise econômica corre o risco de descurar do elemento gregário, reduzindo o corpo social a mero repertório transacional (LUHMANN, 2012), ou “colonizar” o “mundo da vida” mediante uma racionalidade estratégica eminentemente econômica, em detrimento da esfera comunicativa (HABERMAS, 2003).

As pretensões de mensuração economicista envolvem severos riscos, entre os quais, a propensão à totalização da razão científica sobre o agir humano. Em suma, os direitos fundamentais não podem se resumir ao “caráter destruidor do cálculo” (HEIDEGGER, 1969).

Richard Posner (2010), responde às críticas salientando que a acepção de “riqueza” (*wealth*) com que trabalha traz ínsito um conjunto de objetivos desejáveis socialmente, que a análise econômica logra alcançar de maneira mais adequada que outros modelos normativos. Na célebre polêmica que travou com Richard Posner na *Cornell-Chicago Conference*, Ronald Dworkin às testilhas afirma que “uma teoria que faz o valor moral da escravidão depender de custos transacionais é grotesca<sup>8</sup>” (DWORKIN, 1980, p. 211). Em que pese a virulência da crítica, o asserto feito tangencia uma questão curial: sujeitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais exclusivamente à análise econômica pode levar a resultados teratológicos.

Deveras, esse descolamento entre análise econômica e padrões morais vigentes é reconhecido pelo próprio Richard Posner (2010). Como exemplo desse descompasso citado pelo autor, os argumentos puramente economicistas tendem a considerar que os deficientes, caso não sejam socialmente produtivos (ou parte da utilidade de alguém), não teriam direito a benefícios sociais para seu sustento. Em outra vereda, se o custo estimado de cem mil carneiros fosse superior ao que pudesse ser atribuído a uma criança, a proteção do rebanho prevaleceria em detrimento da pessoa humana (a “dificuldade” seria apenas como “mensurar” o valor desta). Da mesma forma, seria lícito um branco negar negros como sócios ou clientes por considerar que os custos excedem os benefícios, ou os judeus poderiam ser livremente expulsos da Alemanha nazista, desde que devidamente compensados economicamente.

Guido Calabresi (1980) enfrenta a questão com parcimônia. Em sua célebre análise acerca da responsabilidade civil por dano (*Tort Law*) este autor elenca que a finalidade do direito deve possuir dois objetivos principais que não se confundem entre si: em primeiro lugar a justiça e, em segundo, a redução de custos transacionais. A justiça atua, nesse diapasão, como “veto ou constrangimento sobre aquilo que pode ser feito para reduzir os custos<sup>9</sup>” (CALABRESI, 1980, p. 558). Ou seja, reconhece-se a eficiência econômica como parâmetro prático-jurídico, mas seu conceito não é totalmente intercambiável à noção de justo. Nesse diapasão, a justiça age antes como temperamento à análise econômica.

---

<sup>8</sup> Tradução livre do original: “*a theory that makes the moral value of slavery depend on transaction costs is grotesque*”.

<sup>9</sup> Tradução livre do original: “*veto or constraint on what can be done to achieve cost reduction*”.

Nessa senda, para Calabresi (1980), o sentido último do que seja justo refoge à análise do jurista; sua atividade encontra-se voltada mais aos “sinais indicativos” da direção a seguir em uma estrada (*Road signs*) do que à determinação de seu destino final (*end point*). Em última instância, esse fim de caminho queda inalcançável, pois depende permanentemente de aspectos contextuais: aquilo que pode parecer correto em dado momento, em outro pode ser considerado uma injustiça histórica (CALABRESI, 1980). A função do direito, portanto, passa pela capacidade de lidar com decisões alocativas em direção à dada concepção de justiça.

O que se põe à pauta é que o próprio conceito de “maximização de riqueza”, enquanto critério reitor da aplicação do direito, não é pacífica no campo da análise econômica. Particularmente, Calabresi (1980) aponta a dificuldade de delimitação semântica do termo, sem um ponto de partida de configuração social. O professor de Yale considera que o aumento da riqueza em si, não tem o condão de melhorar o proveito da sociedade em geral, sem considerar como plano de fundo algum tipo de objetivo social, como utilidade ou igualdade. A riqueza ou a própria eficiência, como aduz igualmente Ronald Dworkin (1980) consiste, portanto, em valor instrumental.

Não se pode perder de vista que o próprio paradigma econômico encontra-se às voltas de disputas teóricas. Ora, apenas de caráter ilustrativo sobre a complexidade da questão, podemos apontar as disputas entre a teoria (neo) clássica<sup>10</sup> e a escola keynesiana<sup>11</sup> (PAIVA, 2008). Ambas as concepções econômicas repercutiram em outros sistemas sociais como o Direito. O paradigma keynesiano contribuiu, no âmbito do *New Deal* americano, ao fomento do *Critical Law Studies*.

O paradigma (neo) clássico, por seu turno, tem inegável aporte na Análise Econômica do Direito da Escola de Chicago. No primeiro, o papel redistributivo do estado favorece a eficiência, ao passo que no outro esse mesmo papel a ela se contrapõe. A depender do paradigma adotado, logo, decisões econômicas (e jurídicas) serão diametralmente opostas. *Vexata quaestio*; essa discussão põe a relevo as desinteligências do campo epistêmico.

---

<sup>10</sup> A premissa basilar do pensamento (neo) clássico é que o mundo, em sua essência, é ordenado e racional. O desequilíbrio econômico, portanto, resta apenas uma ilusão, ou, quando muito, de natureza espasmódica, circunstancial. As forças do mercado tendem a um ponto ótimo de equilíbrio, logo, fatores externos, como a intervenção estatal na alocação de recursos deve ser, ao máximo, evitada.

<sup>11</sup> O keynesianismo parte de uma premissa diametralmente oposta à teoria (neo) clássica: o sistema de mercado não tende ao equilíbrio; o desemprego estrutural é a regra, e não exceção passageira em uma perspectiva de longo prazo. Logo, o paradigma keynesiano considera imprescindível a intervenção do Estado na Economia (via políticas fiscais e monetárias), de modo a garantir o equilíbrio de mercado.

Retrata bem essas posições inconciliáveis a satírica citação atribuída a George Bernard Shaw que aduz: “se todos os economistas fossem postos lado a lado, eles nunca chegariam a uma conclusão<sup>12</sup>”.

## 5.2 *CUM GRANO SALIS*: NECESSIDADE DE TRANSAÇÕES RECÍPROCAS

Parece correto assentar, portanto, o caráter descritivo-normativo da economia longe de trazer verdades absolutas, desvela mais um campo de reflexões críticas. Nesse prisma, há de ser vista com ressalvas alusões a supostas “leis universais” (VELJANOVSKI, 1994), ou de que o princípio de maximização de riquezas resolve “automaticamente” aspectos redistributivos, como professa Friedrich Hayek (1985). Para o citado autor, a economia<sup>13</sup> envolve alocações distributivas ótimas sem a necessidade de intervenção do Estado. Nessa senda, “a solução do governo para um problema é geralmente tão mal como o problema e muito frequentemente torna o problema ainda pior<sup>14</sup>” (FRIEDMAN, 1975, p.6). As tentativas de implementar justiça social, nesse prisma, tornam-se uma “força destrutiva” para a sociedade em geral (HAYEK, 1985b).

Contudo, não parece adequado considerar a dinâmica competitiva do livre mercado *per se* como melhor maneira de alcançar objetivos constitucionalmente colimados, inclusive os distributivos, como propugna tanto a Escola Austríaca (HAYEK, 1985) como a Escola de Chicago (POSNER, 2010). Como bem observa Gunther Teubner (1987) esse posicionamento reflete uma “hipostatização normativa” (*normative hipostatization*). Parece assistir sim razão a Mario Cappelletti (1999, p.38) quando afirma que “os modernos sistemas de governo não podem confiar exclusivamente na ‘invisible hand’ de Adam Smith, ditada pela maximização do lucro”.

---

<sup>12</sup> Tradução livre de: “*If all the economists were laid end to end, they would not reach a conclusion*”.

<sup>13</sup> Hayek, em verdade, utiliza o termo “catalaxia”. Em sua raiz grega, o vocábulo significa “intercâmbio”, ingresso em uma comunidade (HAYEK, 1985b). O termo é empregado no sentido de ajuste reciprocamente condicionado de diferentes interesses econômicos individuais em um mercado. O citado autor prefere usar esse termo a “economia” por este último, em sua raiz etimológica depreender uma relação de fim comum, não comportada em uma dinâmica mercadológica. Para se evitar maiores tergiversações e manter o fluxo do texto, optou-se pela manutenção do uso da expressão “economia”, embora por questão de fidelidade ao pensamento do autor, essa consideração se fizesse necessária.

<sup>14</sup> Tradução livre do original: “*I think the government solution to a problem is usually as bad as the problem and very often makes the problem worse*”. Nessa esteira, Milton Friedman (1975) recomenda que a organização da atividade econômica seja subtraída do controle da autoridade política. Esse entendimento é, contudo contrariado por Kenneth Arrow, economista igualmente laureado com o nobel (CAPPELLETTI, 1999).

A situação não se situa, logo, nem tanto ao mar (identificação *tout court* entre livre-mercado e bem-estar social, na figura de um Leviatã-ausente), nem tanto a terra (redução do conceito de justiça social a um Leviatã-providente).

A *quaestio debeat*, como bem pontua Ronald Dworkin (1980), não é se a realização de direitos fundamentais através da atuação estatal ilide a eficiência econômica (assim afetando reflexamente o todo social), mas em que medida a justiça, fim último do direito, é servida por elementos redistributivos, ainda que ao custo da eficiência. A rigor, economia de mercado perfeita, alheia ao Estado de Direito não há. Ambos são conceitos coconstitutivos e indissociáveis. A regulação é onerosa porque os resultados sempre serão subótimos. O preço da democracia é a perda de rendimentos econômicos da comunidade. Este é um preço que, a despeito dos custos, decerto, vale a pena ser pago.

Além da alocação eficiente de recursos, a lógica de sopesamento dos direitos fundamentais deve levar em conta aspectos redistributivos e de solidariedade social. Deveras, “a democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais” (CANOTILHO, 2008, p. 252). Afinal, “os direitos fundamentais consagrados como vitais, sejam os direitos de liberdade que os direitos sociais, são, em suma, um fator e um motor do desenvolvimento, não apenas civil, mas também econômico” (FERRAJOLI, 2009, p.6). O nó górdio é a “combinação” (*blend*) entre os imperativos de eficiência e redistribuição de recursos no seio social (CALEBRESI, 1980). Portanto, a “análise de custo-benefício econômico deve ser tratado com cautela e usado somente como um critério de decisão entre outros” (TEUBNER, 1987, p. 30). A ponderação principiológica deve abrir-se à análise econômica, não sucumbir a ela.

Caso contrário, constituir-se-ia a tirania de um modelo decisório monolítico, na qual a Verdade, muito citada, pouco encontrada, estaria em cálculos matemáticos e cédulas de papel. Seguir esse reducionismo consiste exercício de autoilusão situacional. Uma miragem no “deserto do real”, para fazer alusão a Zygmunt Bauman (2008). De tanto percorrer os caminhos metodológicos da Jurisprudência, o operador do direito, esse eterno “arrivista”, quer acreditar que a miragem que vê é a solução de seus problemas. Nesse orbe, há de se dosar prudência ao afã de trazer a discussão sobre custos do direito à práxis judicial, para não obscurecer as efetivas contribuições da análise econômica à ponderação de valores normativos.

O jurista, em busca de maior consistência e adequação à Ciência do Direito, encontra na análise econômica um importante auxiliar, mas não a solução definitiva para os problemas concretos de decidibilidade jurídica.

## CONCLUSÃO

O que impende destacar no presente trabalho é que, a realizabilidade dos direitos fundamentais implica necessariamente em custos. A análise econômica permite um vislumbre acerca de sua mensuração, mas (e isso é fundamental) não esgota *per se* as discussões alocativas, servindo precipuamente enquanto instrumento de uma lógica de ponderação axiológica mais ampla. Ademais, a construção de um *homo economicus*, alheio a nuances políticas e morais consiste em uma visão autista. Esse tipo de viés purista empobrece a análise econômica, sendo necessário, portanto, uma leitura jurídica da eficiência.

Critica-se, outrossim, o *modus* de (não) aplicação de elementos dogmáticos do *campo Law & Economics* no plano da decidibilidade jurídica. Mais precisamente, a crítica ora realizada incide sobre duas formas de monólogo. O primeiro envolve uma concepção de Direito voltada ao normativismo extremo, que despreza os aspectos consequenciais das decisões jurídicas: os custos por vezes trágicos de realização de direitos. O segundo envolve uma práxis economicista que reduz a complexidade do fenômeno jurídico a cálculos e transações de mercado: que intercambia economia e justiça.

Em síntese, como toda perspectiva unilateralmente considerada, a economia é insuficiente para, de *per si*, servir de critério singular a dada decisão jurídica, porém, resta, deveras, um indicativo inescusável. Em outras palavras, a análise econômica do direito, no particular, dever ser aplicada *cum grano salis*; deve ser integrada à análise ponderativa de valores, não substituí-la. Antes do cálculo, Direito é, sobretudo, diálogo. Nesse âmbito, propugna-se a adoção de um procedimentalismo atento aos pressupostos pragmáticos de realização do direito, que possibilite uma posição de equilíbrio entre direito e economia.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

CALABRESI, Guido. *An exchange: about Law and Economics. A Letter to Ronald Dworkin*. *Hofstra Law School Review*. New York: v.8:553, 1980.

\_\_\_\_\_ ; BOBBIT, Philip. *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: WW Norton, 1978.

CANOTILHO, J.J. Gomes.. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

COASE, Ronald. *The institutional structure of production. Nobel lectures, economics 1991-1995*. Singapura: Torsten Persson, World Scientific Publishing Co., 1997.

\_\_\_\_\_. *The problem of social cost. The Journal of Law and Economics*. Chicago: v.3:1, 1960.

DOMINGO, Rafael. *La pirámide del derecho global. Persona y Derecho*. Pamplona: nº 60, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

\_\_\_\_\_. *Is Wealth a Value? The Journal of Legal Studies*. Chicago: v.9, n.2, Mar. 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **Funções de governo e funções de garantia**. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana. Disponível em:

<[http://www.fmp.com.br/anexos\\_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc](http://www.fmp.com.br/anexos_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc)>. Acesso em: 02 Set. 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDMAN, Milton. *There's No Such Thing as a Free Lunch*. LaSalle: Open Court Publishing Co., 1975.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume I: Normas e Ordem. São Paulo: Visão, 1985a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Volume II: A miragem da Justiça Social. São Paulo: Visão, 1985b.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica?**. São Paulo: Duas Cidades, 1969.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights. Why liberty depend on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v.34, n.135, Jul/Set. 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NIETZSCHE, Friedrich. **A origem da tragédia**. São Paulo: Centauro, 2004.

PAIVA, Carlos Águedo Nagel. **Noções de economia**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SANTOS, Boaventura Souza. **Reinventar a democracia**: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais em uma perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. [S.l.]: a.1, n.1, 2003.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres. A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito**. Uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.