

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ - CESUPA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS  
E DESENVOLVIMENTO REGIONAL

GERALDO NEVES LEITE

**A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA DECISÃO JUDICIAL  
E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:  
UMA ABORDAGEM CRÍTICA À LUZ DO DEBATE  
DE RONALD DWORKIN E RICHARD POSNER**

Belém - PA

2017

GERALDO NEVES LEITE

**A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA DECISÃO JUDICIAL  
E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:  
UMA ABORDAGEM CRÍTICA À LUZ DO DEBATE  
DE RONALD DWORKIN E RICHARD POSNER**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

Belém - PA

2017

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**(Biblioteca José Malcher do CESUPA)**

---

Leite, Geraldo Neves

A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional: Uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner / Geraldo Neves Leite; orientador Jean Carlos Dias. – 2017.

361 f.

Inclui Referências

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Belém, 2017.

1. Eficiência. 2. Princípio jurídico. 3. Decisão Judicial. I. Dias, Jean Carlos. II. Título.

CDD \_\_\_\_\_

---

GERALDO NEVES LEITE

**A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DA DECISÃO JUDICIAL  
E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:  
UMA ABORDAGEM CRÍTICA À LUZ DO DEBATE  
DE RONALD DWORKIN E RICHARD POSNER**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

Data de defesa: \_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_

Conceito: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

\_\_\_\_\_ - Orientador

**Prof. Jean Carlos Dias**

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

\_\_\_\_\_ - Examinador

**Prof. José Claudio Monteiro de Brito Filho**

Doutor em Direito das Relações Sociais

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

\_\_\_\_\_ - Examinador

**Prof. Luciano Benetti Timm**

Doutor em Direito

Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP

Ao meu amado pai Geraldo da Silva Leite (*in memoriam*), por todo amor, respeito, compreensão e admiração que sentia por mim. Pelas incontáveis vezes que se alegrava com meus triunfos, mesmo que fossem pequenos. A sua serenidade e a sua paz sempre me guiarão. Saudades eternas, pai!

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me oferecido a oportunidade de viver, por sempre me dar coragem de voar mais alto e por me sustentar quando tantas vezes pensei em desistir. A Ti, Senhor, toda honra e toda Glória!

À minha mãe Miriam, mesmo que distante, pelas palavras de apoio e encorajamento à superação desse desafio.

À minha amada esposa Gisele, pelo amor, pela compreensão e pelo apoio nos momentos de adversidade durante o transcorrer do programa de Mestrado.

Aos meus filhos George e Luana Gabriela, razões do meu viver, pelo abraço, pelo sorriso e pelo afeto. À minha querida enteada Jéssica, pelo apoio incondicional durante esse trajeto.

Às minhas irmãs Missilene, Mizalene e Márcia, que apoiaram, mesmo distantes, esse empreendimento.

A todos os meus familiares, a quem homenageio nas pessoas de meus estimados sobrinhos Raysa, Cassio, Ryan, Pietro e Nicolas.

Ao meu prezado orientador professor Jean Carlos Dias. Não tenho dúvidas de que foi muito enriquecedor conviver, compartilhar e aprender com seus ensinamentos durante esse período do programa de Mestrado, não só pelo seu notável saber jurídico, mas também por sua formação humana e profissional.

Ao professor José Cláudio de Brito Filho, por ter compartilhado comigo sua notável experiência no campo das teorias de justiça, contribuindo para melhor reflexão sobre o desenvolvimento do trabalho de dissertação.

À professora Patrícia Blagitz por ter compartilhado comigo seu vasto conhecimento durante a banca de qualificação. As suas contribuições foram essenciais para evolução do trabalho.

Ao professor Elísio Bastos por ter compartilhado comigo sua rica experiência no campo das teorias constitucionais. Seu comprometimento com qualidade do ensino e pesquisa foi fundamental para o progresso de meus estudos sobre fundamentalidade e custos dos direitos humanos.

A todos os professores do PPGD do CESUPA, que foram essenciais para que eu aproveitasse, ao máximo, essa gratificante experiência vivenciada nos últimos 2 (dois) anos. Faço menção especial aos professores com quem convivi em sala de aula: Ana Darwich,

Elizabeth Reymão, Jean Carlos Dias, Elísio Bastos, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, Henrique Mouta, Juliana Freitas e Suzy Koury.

A todos os meus amigos do Programa de Mestrado: Heloísa, Karla Cebolão, André Beckman, Stepherson, Anna Laura, Karla Kataoka, Ellen, Bernardo, Andreza, Allana e Nathália. Em 2016, começamos a compartilhar esse objetivo de aprofundar a vida acadêmica em busca do título de mestre. Não posso esquecer que foram muitos momentos de angústia e de ansiedade, mas foram muitas vitórias e conquistas obtidas com base na solidariedade e na cooperação.

Aos colegas do grupo de pesquisa da Análise Econômica do Direito, pelas engrandecedoras discussões de temas afetos ao pensamento jurídico contemporâneo.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos meus colegas magistrados e aos servidores pelo apoio e pela compreensão para concretização desse sonho.

Aos meus amigos e amigas que, cientes do meu necessário comprometimento com os estudos e com as pesquisas no programa de Mestrado, contribuíram com suas opiniões e reflexões sobre diversos temas que direta ou indiretamente se relacionavam com objeto de meu estudo. Agradeço por toda palavra de apoio e de compreensão.

*“Eu vejo a utilidade como a instância final de todas as questões éticas; mas deve ser uma utilidade no sentido mais amplo, baseada nos interesses permanentes do homem como um ser em evolução”.*

***John Stuart Mill***

*“Aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa, seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim”.*

***Immanuel Kant***

## RESUMO

Esta dissertação de mestrado propõe um estudo sobre o papel da eficiência dentro do Direito. Ela tem por objetivo propor uma investigação sobre a eficiência como norma jurídica a ser seguida pelos juízes no momento de proferir decisões judiciais. A questão é relevante, pois busca descrever e enfrentar a problemática da crise de eficiência da prestação jurisdicional, notadamente, no que tange ao enfrentamento de questões complexas envolvendo a concretização de direitos fundamentais. A questão do uso da eficiência como fundamento da decisão judicial tem sido cada vez mais debatida no cenário nacional. Apesar do sistema jurídico processual brasileiro ainda ser fortemente ligado ao positivismo jurídico, há uma tendência crescente de relação interdisciplinar do Direito com a Filosofia Moral, a Economia, a Política e a Sociologia, para o enfrentamento de casos judiciais complexos. Diante dessa conjuntura nacional, surge, então, a questão se perquirir sobre a eventual aplicabilidade da eficiência às decisões judiciais, investigando se essa ferramenta tradicional da economia possui valor ético e moral e pode, em consequência, ser considerada um princípio jurídico. O juiz – e isso é uma realidade concreta no direito brasileiro – cada vez mais é chamado a fazer o controle judicial de políticas públicas e, nesse cenário, ele tem que se posicionar sobre a efetividade de direitos fundamentais. Ocorre que a concretização desses direitos não envolve somente a sua fundamentalidade, mas também a análise do seu custo, porque se vive – e nosso país, por conta de uma forte crise política e econômica, não está longe disso – em um ambiente de escassez de recursos. Então, a distribuição de bens e de recursos também tem de ser avaliada pelo julgador, porque, no momento da decisão judicial, ele atua não apenas como controlador de uma política pública, mas também como legislador ocasional e implementador de uma política pública substitutiva. Nesse diapasão, o posicionamento sobre a distribuição de bens e de recursos e a análise da eficiência da decisão, como se tem apontado, são importantes porque a decisão vai gerar reflexos não somente para as partes do processo, mas também para a sociedade.

**Palavras-chave:** Eficiência. Decisão Judicial. Princípio.

## **ABSTRACT**

This master's thesis proposes a study on the role of efficiency within the Law. It aims to propose an investigation into efficiency as a legal standard to be followed by judges when making judicial decisions. The issue is relevant, as it seeks to describe and confront the problem of the crisis of efficiency of the jurisdictional provision, notably, when it comes to dealing with complex issues involving the realization of fundamental rights. The question of the use of efficiency as the basis of the judicial decision has been increasingly debated on the national scene. Although the Brazilian legal system is still strongly linked to legal positivism, there is a growing tendency for an interdisciplinary relationship between Law and Moral Philosophy, Economics, Politics and Sociology, to deal with complex judicial cases. Given this national situation, then, the question arises as to whether the efficiency of judicial decisions can be applied by investigating whether this traditional tool of economics has ethical and moral value and can therefore be considered a legal principle. The judge - and this is a concrete reality in Brazilian law - is increasingly called upon to make judicial control of public policies and, in this scenario, he has to position himself on the effectiveness of fundamental rights. It happens that the realization of these rights not only involves its fundamentality, but also the analysis of its cost, because we live - and our country, due to a strong political and economic crisis, is not far from it - in an environment of scarcity of resources. So the distribution of assets and resources also has to be evaluated by the judge, because at the moment of the judicial decision, he acts not only as controller of a public policy, but also as an occasional legislator and implementer of a substitutive public policy. In this context, he has to position himself on the distribution of assets and resources and the analysis of the efficiency of the decision, as has been pointed out, is important because the decision will generate reflexes not only for the parties to the process, but also for society.

**Keywords:** Efficiency; Judicial Decision; Principle.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>ABREVIATURA/SIGLA</b>	<b>SIGNIFICADO</b>
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
amp.	Ampliada
Art.	Artigo
coord.	Coordenador
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ed.	Edição
Min.	Ministro
MC	Medida Cautelar
org.	Organizador
p.	Página
Rel.	Relator
rev.	Revista
s.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
v.	Volume

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	14
<b>1 AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE EFICIÊNCIA.....</b>	19
1.1 QUESTÃO TERMINOLÓGICA PARA APLICAÇÃO DA EFICIÊNCIA .....	22
1.2 QUESTÃO METODOLÓGICA PARA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	27
1.3 QUESTÃO AXIOLÓGICA E OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA EFICIÊNCIA.....	29
<b>1.3.1 A Eficiência de Custo e Benefício.....</b>	30
<b>1.3.2 A Eficiência segundo o modelo de Pareto.....</b>	31
<b>1.3.3 A Eficiência segundo o modelo de Kaldor-Hicks.....</b>	35
<b>1.3.4 A Eficiência como Maximização de Riqueza.....</b>	38
<b>2 O VALOR JURÍDICO DA EFICIÊNCIA: A TEORIA DA EFICIÊNCIA DE POSNER E A CRÍTICA DE DWORKIN.....</b>	45
2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER.....	47
2.2 A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN...	55
2.3 A EFICIÊNCIA COMO AXIOMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.	63
2.4 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN À EFICIÊNCIA COMO VALOR.....	65
2.5 O DEBATE ENTRE POSNER E DWORKIN SOBRE O FUNDAMENTO ÉTICO E MORAL DA EFICIÊNCIA.....	67
2.6 O VALOR JURÍDICO DA EFICIÊNCIA.....	76
<b>3 A ANÁLISE DA EFICIÊNCIA COMO PADRÃO JURÍDICO.....</b>	82
3.1 REGRAS, PRINCÍPIOS E POLÍTICAS.....	83
3.2 A EFICIÊNCIA COMO PADRÃO JURÍDICO: O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	95
3.3 REFLEXÕES IMPORTANTES.....	102
<b>4 A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL RELATIVA AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....</b>	106
4.1 O MÉTODO DO CASO E O ESTUDO DE CASO.....	107

4.2 APRESENTAÇÃO DO CASO.....	112
4.3 OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS DO JULGAMENTO.....	116
4.4 OS DEMAIS VOTOS E OS DEBATES .....	122
4.5 A ANÁLISE DO CASO.....	131
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>146</b>
<b>ANEXO – JULGADO DO STF.....</b>	<b>152</b>

## INTRODUÇÃO

Atualmente, há uma sensação de crise de eficiência na atividade estatal de prestação jurisdicional. Essa sensação está diretamente relacionada à morosidade na entrega da tutela judicial. O sentimento de que a justiça é lenta, morosa e incapaz de resolver os litígios com celeridade, eficiência e presteza necessária é recorrente, tanto do ponto de vista dos cientistas jurídicos e operadores do Direito quanto do ponto de vista dos jurisdicionados.

Alguns costumam atribuir essa crise ao processo e ao excesso de formalismo legal que regula o seu desenvolvimento. Outros entendem que, ao contrário, o estudo dogmático do processo pode contribuir para imprimir efetividade e segurança à atividade jurisdicional, tudo com respeito às demais garantias do devido processo legal (GONÇALVES FILHO, 2010)

A despeito dessa situação, o processo é o principal instrumento utilizado pelo Estado para o exercício da atividade jurisdicional, por isso ele não pode ser visto como obstáculo, mas como meio adequado para a tutela de direitos. Além disso, as decisões judiciais de mérito, tomadas dentro do processo, produzem impactos econômicos e sociais, não somente para as partes, mas também para a sociedade. Nesse contexto, vislumbra-se a necessidade do uso de mecanismos e ferramentas para produção de decisões mais eficientes, principalmente quando se estão em jogo a tutela e a concretização de direitos fundamentais.

O presente trabalho tem por objetivo propor uma investigação sobre a eficiência como norma jurídica a ser seguida pelos juízes no momento de proferir decisões judiciais. A questão é relevante, pois busca descrever e enfrentar a problemática da crise de eficiência da prestação jurisdicional, notadamente, no que tange ao enfrentamento de questões complexas envolvendo a concretização de direitos fundamentais. Nesse contexto, mostra-se imperioso superar limites à produção do conhecimento científico para lidar com questões polêmicas envolvidas com o objeto de estudo da pesquisa jurídica. Segundo Falbo (2011, p. 226-227):

A realização destas condições, segundo a ideia de *problemática*, permite alcançar quatro resultados fundamentais na superação dos limites à produção do conhecimento científico no campo do direito. Primeiro: lidar com a realidade fenomênica referente ao direito. Segundo: distinguir as categorias objeto *real* e objeto *teórico*, bem como distinguir entre *real* e *concreto* no próprio ato de conhecer o direito. Terceiro: lidar com a definição de conceitos, genéricos ou específicos, quanto à mudança e ao caráter polêmico dos mesmos. Quarto: realizar análises conjunturais.

A questão do uso da eficiência como fundamento da decisão judicial tem sido cada vez mais debatida no cenário nacional. Apesar do sistema jurídico processual brasileiro ainda ser fortemente ligado ao positivismo jurídico, há uma tendência crescente de relação

interdisciplinar do Direito com a Filosofia Moral, a Economia, a Política e a Sociologia, para o enfrentamento de casos judiciais complexos.

O atual sistema jurídico processual civil, reconhecendo a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, é regulado não apenas por regras jurídicas, mas também por outros padrões normativos, como os princípios jurídicos. Segundo Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes (2015, p. 46):

O uso de princípios na aplicação do Direito no Brasil veio se tornando prática comum desde a Constituição de 1988. Todos os ramos do Direito, lidos a partir do Texto Maior, passaram a ser compreendidos de uma perspectiva que vai além das regras jurídicas, mas que abarca também princípios, tidos igualmente como normas.

Diante dessa conjuntura nacional, surge, então, a questão se perquirir sobre a eventual aplicabilidade da eficiência às decisões judiciais, investigando se essa ferramenta tradicional da economia possui valor ético e moral e pode, em consequência, ser considerado um princípio jurídico.

Tal questão não é nova e já foi enfrentada pela pesquisa jurídica. Em estudo sobre o tema, Gonçalves Filho (2010, p. 35) concluiu que a eficiência pode ser considerada um princípio por ter força normativa e estrutura deontológica diversa das regras:

O princípio da eficiência, como todo princípio, é uma norma jurídica dotada de estrutura deontológica diferenciada das regras. O princípio da eficiência, ao dar força normativa a um valor, faz com que a aplicação do direito em qualquer ato jurídico voluntário, estatal (do juiz) ou não (das partes), seja obrigatoriamente conectada à promoção desse valor. É esse dever de promoção do valor *eficiência* que precisa ser cultivado, reforçado e insistentemente observado na cultura de aplicação prática do processo civil.

Seu estudo foi focado em investigar a estrutura da eficiência, pressupondo-a como um princípio jurídico diferente das regras. O presente trabalho pretende fazer também essa investigação, mas ainda fazer uma análise substantiva do instituto e classificá-lo a partir de uma comparação mais ampla com outro padrão jurídico fortemente utilizado nos estudos do pensamento jurídico contemporâneo, as diretrizes de políticas públicas (*policies*).

Nesse diapasão, a questão que se coloca, inicialmente, é a seguinte: o juiz, ao proferir uma decisão judicial, pode reconhecer a eficiência como norma jurídica e, conseqüentemente, como fundamento da decisão?

A resposta não é simples. Como a palavra eficiência tem um conceito vago, admitindo várias concepções, dependendo da teoria econômica e jurídica que a utiliza, pretende-se alcançar o seu adequado emprego, mediante um diálogo entre dois movimentos teóricos que

surgiram após a crise do positivismo jurídico: a Análise Econômica do Direito e a Teoria do Direito como Integridade.

Os principais expoentes desses dois movimentos teóricos são Richard Posner e Ronald Dworkin, ambos juristas estadunidenses, com grande influência no pensamento jurídico contemporâneo, por defenderem teorias jurídicas sólidas e consistentes, comumente utilizadas como base para decisões judiciais de casos complexos.

Os juristas, cujas teorias servem de fundamento teórico para o presente trabalho, divergem sobre vários temas afetos ao Direito e, particularmente, sobre o uso da eficiência como fundamento da decisão judicial e, em razão dessa divergência, promoveram intenso debate durante suas longas trajetórias acadêmicas. Para Dworkin (2002), em apartada síntese, a ideia de eficiência como fundamento jurídico deve ser afastada do Direito, por ser própria da ciência econômica e só servir para tais análises. Na visão de Posner (2007), por outro lado, uma análise do Direito sob a perspectiva econômica permite ao juiz tomar decisões que produzam melhores consequências.

No curso do presente trabalho, pretende-se enfrentar o problema da eficiência como fundamento jurídico, por meio da análise das teorias defendidas pelos dois juristas. Evidentemente, em face da dimensão do tema, será feito um corte metodológico que permita a análise das questões relativas ao objeto de estudo com base em uma linha de raciocínio não comprometida com qualquer concepção prévia, seja de natureza jurídica ou econômica, sem pretender exaurir o tema.

A partir dessa apresentação contextual, surge o problema a ser respondido pela presente dissertação. A eficiência pode ser considerada como um princípio jurídico a ser seguido pelos juízes por ocasião da fundamentação das decisões judiciais?

O objetivo geral do trabalho é analisar se a eficiência é uma regra, princípio ou diretriz de política pública que deve ser seguido pelos juízes na fundamentação das decisões judiciais, a partir do debate entre a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, e a Análise Econômica do Direito, de Richard Posner.

Os objetivos específicos são: apresentar e fazer distinção das diversas acepções da eficiência, fazendo o devido corte metodológico e axiológico, para permitir o seu estudo como eventual padrão jurídico; propor uma investigação se a eficiência tem um valor ético e moral e, conseqüentemente, se pode ser considerada como um princípio que deva ser seguido pelos juízes por ocasião da decisão judicial; analisar a aplicação da eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial em um caso constitucional.

Para lidar com os aspectos envolvidos no problema proposto, o trabalho está estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, apresentar-se-ão as diversas concepções do termo *eficiência*. Como a eficiência é o objeto principal de pesquisa, entende-se importante contextualizá-la no início para facilitar a compreensão da dissertação. A partir do enfrentamento de algumas questões de natureza terminológica, metodológica e axiológica envolvendo a aplicação do termo *eficiência*, apresentar-se-ão as diversas acepções econômicas do termo, como custo-benefício, ótimo de Pareto, Kaldor-Hicks e maximização da riqueza social, enfatizando o papel dessas diferentes concepções na busca de uma distribuição de bens e de recursos mais eficientes.

No segundo capítulo, realizar-se-á a análise do debate entre os juristas Richard Posner e Ronald Dworkin sobre o valor da eficiência para o Direito e seu uso como justificção da decisão judicial. Em seguida, abordar-se-ão as teorias juseconômica e pragmática, de Richard Posner e interpretativista, de Ronald Dworkin e, depois disso, mostrar-se-á como se desenvolveu esse intenso debate que começou com o livro *Economic Analysis of Law* (1973), de Posner e se sucedeu desde as críticas de Dworkin no artigo *Is Wealth a value?* (1980). Ainda nesse capítulo, após reflexão crítica acerca das teses dos dois juristas estudados, enfrentar-se-á uma parte do problema da pesquisa, respondendo à questão se a eficiência possui um valor ético e moral.

No terceiro capítulo, admitindo como resposta que a eficiência é um valor ético e moral e, portanto, pode ser considerado como um padrão jurídico, investigar-se-á de que tipo de padrão jurídico ela é. Os três tipos que serão estudados são regras, princípios e políticas, contando para reflexão da questão com o estudo de outros teóricos do Direito, como Herbert Hart, Cass Sunstein e Neil MacCormick.

No quarto e último capítulo, apresentar-se-á o estudo de um caso paradigmático, o julgamento da medida cautelar na ADPF 347 MC/DF, alvo de intenso debate no Supremo Tribunal Federal (STF), para que se possa perquirir se os ministros da corte, ao fundamentarem seus votos, justificaram-nos com argumentos ligados à eficiência. A partir da apresentação do caso, partindo da premissa de que a eficiência é um princípio jurídico, de natureza teleológica, analisar-se-ão, criticamente, o caso, os principais argumentos utilizados no julgamento, a decisão final e se a eficiência foi alçada a fundamento relevante (*ratio decidendi*) da decisão judicial.

O procedimento metodológico utilizado na pesquisa apresenta um enfoque crítico, haja vista o intuito principal de ser compreendida a eficiência como elemento da decisão

judicial, buscando-se descrever os parâmetros a serem considerados na análise. Considerando a temática, a pesquisa não se restringe a conceitos teóricos e principiológicos, também se pautando na realidade em que são aplicados a cada caso concreto.

Tendo em vista os objetivos da pesquisa, a linha de pesquisa jurídica é dogmática, uma vez que serão buscadas respostas científico-doutrinárias para necessidades operacionais do sistema jurídico, delineando melhor as soluções a serem dadas no caso da aplicação do princípio da eficiência como fundamento das decisões judiciais. Abrange como metodologia, uma ampla revisão da literatura, por meio de levantamento bibliográfico, que abrange livros e artigos científicos de autores nacionais e estrangeiros, principalmente, os que abordam a questão da eficiência e as Teorias do Direito defendidas por Ronald Dworkin e Richard Posner. Abrange, também, estudo de caso de fonte jurídico-formal de pesquisa como decisão judicial de caso paradigmático do Supremo Tribunal Federal.

O estudo possui relevância acadêmica nos dias atuais, pois com a migração da pretensão de adjudicação de direitos para o plano judiciário, em especial, os fundamentais, cada vez mais o processo de decisão dos juízes e dos tribunais deve ser justificado e motivado de forma a realmente atender às questões e aos problemas que isso suscita.

## 1 AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE EFICIÊNCIA

Como a eficiência é o objeto principal do presente trabalho, considera-se importante contextualizá-la no início para facilitar a compreensão da dissertação. Neste capítulo, serão apresentadas as várias concepções do termo *eficiência*.

Uma sociedade democrática, regida pelo estado de direito, precisa não somente de um certo consenso nas concepções de justiça, mas também em relação a “outros problemas de coordenação, estabilidade e eficiência da sociedade” (RAWLS, 2008, p. 7).

Vale destacar que tanto o Direito como a Economia lidam com esses problemas, mas a formação de linhas complementares de pesquisa e análise não são fáceis, porque suas metodologias diferem de forma acentuada. Enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; “enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade” (SALAMA, 2010, p. 10).

Isso transforma o diálogo entre Direito e Economia inevitavelmente turbulento e geralmente destrutivo. Contudo, em meio a essa turbulência, nas últimas décadas, esse diálogo tornou-se fértil e enriquecedor. A Economia teve, desde sempre, estreitas relações com o Direito e também com a Política. O estudo da Economia tem, por propósito, contribuir para uma melhor organização da sociedade. Em particular, os economistas são muitas vezes chamados a comparar situações alternativas como, por exemplo, a comparar os resultados do funcionamento de um mercado de concorrência perfeita com os de um monopólio, os efeitos de regimes fiscais alternativos ou as consequências de diferentes políticas públicas voltadas para a promoção do desenvolvimento social.

Como esclarece Rodrigues (2007, p. 26), “a Economia tem procurado instrumentos teóricos que lhe permitam responder a estas questões de forma positiva, sem que os valores pessoais de quem aprecia a situação interfiram no julgamento efectuado”.

Um dos domínios que mais tem atraído a atenção dos economistas, fora do estudo tradicional da Economia, tem sido o Direito. A aplicação do ferramental econômico tem contribuído para propor soluções a fim de ajudar a reduzir a ocorrência de estupros, tentar reduzir o número de apelações protelatórias ou ainda ajudar a compreender por que algumas leis têm eficácia social e outras não. As razões para o crescente diálogo e aproximação entre Direito e Economia são apresentadas por Timm (2010, p. 53):

Brevemente, em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico,

sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender a ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.

A partir das obras de Gary Becker, Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, tomou corpo um movimento teórico que agrega essas duas tradições. Este movimento teórico, conhecido nos Estados Unidos como *Law and Economic*<sup>1</sup>, tem sido chamado, no Brasil, ora de *Direito e Economia*, ora de *Análise Econômica do Direito*. Nesse trabalho, será utilizada a última expressão.

A Análise Econômica do Direito (AED) apresenta-se como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e às instituições do Direito. Na visão de Dias (2009, p. 20), a AED é um “complexo de estudos cuja interdisciplinaridade manifesta-se pela busca em aplicar ferramentas teóricas da Economia ao pensamento jurídico”.

Nesse cenário, a AED, em sua versão mais atual e difundida, “busca oferecer um padrão de reflexão sobre as normas jurídicas, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas impõem e a busca por soluções jurídicas racionalmente eficientes” (DIAS, 2009, p. 20). A AED pode, inclusive, auxiliar na concretização de direitos fundamentais, que requerem decisões em um cenário de recursos escassos.

Para os adeptos da AED, a base para a decisão de um juiz deve ser a relação custo-benefício. O direito só é perspectivo quando promove a maximização das relações econômicas. A maximização da riqueza (*wealth maximization*) deve orientar a atuação do magistrado.

As questões a que a Análise Econômica do Direito mais tem dado atenção são de dois tipos: Quais são as consequências de um determinado ordenamento jurídico ou, mais especificamente, de uma dada regra? E qual o ordenamento ou, mais especificamente, a regra jurídica que deveria existir? O traço comum dessas questões é descobrir os incentivos e os efeitos criados pelas mais influentes interpretações e construções jurídicas de um sistema jurídico. Não é difícil perceber que a resposta à primeira questão independe da resposta à

---

<sup>1</sup> O movimento *Law and Economic* surgiu em meio ao descontentamento do direito para com um fundamentalismo jurídico que vinha triunfando desde a consagração do iluminismo. Entre as ciências sociais, a economia se mostrava como a mais promissora candidata para oferecer respostas corretas para problemas jurídicos, imaginando-se o direito como traído pela filosofia, e traidor da sociologia, embora servo muito bem comportado da política. Ronald Coase e Guido Calabresi foram os precursores do movimento Direito e Economia, que ganhou muita atenção com Richard Posner, que em 1973 publicou a primeira versão de seu livro *The Economic Analysis of Law*.

segunda, mas que o inverso não é verdadeiro, dado que, para saber-se qual seria a regra jurídica adequada, precisa-se saber quais são as consequências dela decorrentes.

A primeira questão decorre da definição da economia como estudo da escolha racional quando o comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: “se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atractiva do que se não o é” (RODRIGUES, 2007, p. 34). A lei, nesse sentido, é pensada como um sistema de incentivos. Essa compreensão parte da premissa de que os indivíduos são racionais não apenas quando estão agindo ou interagindo nos mercados, mas também quando atuam fora dele. Este tipo de questão corresponde ao ramo positivo da Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito, em seu ramo positivo, parte da premissa de que os destinatários das normas jurídicas são sujeitos racionais, nos moldes dos agentes econômicos, que reagem a incentivos positivos ou negativos e que procuram soluções racionalmente eficientes. Não se analisa qual a melhor política pública ou que decisão deve ser tomada. O máximo que se pode fazer, nesse ramo da AED, é identificar as possíveis alternativas normativas e investigar as possíveis consequências de cada uma, assim como “comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício” (GICO Jr, 2014, p. 17).

Já a segunda questão corresponde ao ramo normativo da Análise Econômica do Direito, que decorre da preocupação dos economistas com a eficiência do ordenamento jurídico. “Diferentes sistemas de incentivos e, portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes” (RODRIGUES, 2007, p. 34).

A AED, em seu ramo normativo, procura escolher entre as alternativas possíveis (políticas públicas, decisões judiciais ou outros métodos de resolução de conflito), a mais eficiente, isto é, “escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO Jr., 2014, p. 18).

Quando se transporta a compreensão desses dois ramos da Análise Econômica do Direito para o estudo da teoria da decisão judicial, pode-se compreender que é possível a análise da eficiência da decisão. Um dos aspectos que compreende esse enfoque é considerar a decisão adotada como um incentivo para as condutas das pessoas envolvidas e não envolvidas no pleito. Nas palavras de Lorenzetti (2010, p. 186), “é dizer que deve ser

estudado claramente o tipo de regra de conduta que se está criando pela decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro”.

A eficiência, à primeira vista, não é um valor que, por si só, deva ser considerado como estruturante do núcleo moral que a decisão judicial possa revelar. A eficiência refere-se a uma reflexão posterior ligada à possibilidade de concretização da conduta por uma norma (DIAS, 2009). Como dito inicialmente, o presente capítulo pretende apresentar e analisar as várias concepções do termo *eficiência*, notadamente, aquelas que decorrem dos critérios de custo-benefício, Pareto, Kaldor-Hicks e Maximização da Riqueza Social, a fim de esclarecer, se sendo possível, qual das concepções pode ser admitida como fundamento da decisão judicial.

Como será demonstrado ao longo do presente capítulo, não há um conceito certo e determinado da eficiência. Na ciência jurídica, ela é muitas vezes ligada e confundida com as concepções de eficácia e efetividade. Na ciência econômica, ela possui diversas acepções dependendo da finalidade que se pretende alcançar com sua aplicação. O presente capítulo pretende fazer o necessário corte terminológico, metodológico e axiológico a fim de bem delimitar o objeto de pesquisa.

O capítulo está dividido em três seções. Na primeira seção, realizar-se-á a necessária diferenciação dos termos eficácia, efetividade e eficiência, no âmbito do Direito. Na seção seguinte, será feito o corte metodológico para o estudo da eficiência como fundamento da decisão judicial. Por fim, na última seção, será feita a análise axiológica da eficiência, no âmbito da economia e da justiça distributiva, apresentando as principais concepções do termo e as suas aplicações.

Antes de adentrar propriamente no estudo das diversas concepções de eficiência, impõe-se abordar algumas questões relativas à aplicação dessa ferramenta da economia na teoria do Direito.

### 1.1 QUESTÃO TERMINOLÓGICA PARA APLICAÇÃO DA EFICIÊNCIA

O primeiro problema a ser enfrentado, quando se pretende fazer um estudo sobre um instituto originado da ciência econômica, é se ele tem aplicação no Direito. A eficiência, tal como a maximização e o equilíbrio, é um dos conceitos fundamentais da economia. Sua compreensão é importante, sobretudo, para explicar o comportamento econômico, principalmente, em instituições descentralizadas, como o mercado, que implica a interação coordenada de muitos indivíduos diferentes (COOTER E ULEN, 1998).

Trata-se de perceber o papel da eficiência na análise e na interpretação de normas e instituições jurídicas. A própria Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) prevê, em diversos dispositivos, a importância de se atentar para a eficiência no trato de questões jurídicas e políticas e reconhece também a importância de se promover o desenvolvimento e o bem-estar social – temas diretamente ligados aos problemas de eficiência. A importância atual do tema decorre da necessidade de prever como as normas jurídicas, de modo geral, e as decisões judiciais, de modo particular, operarão no âmbito das sociedades massificadas, globalizadas e plurais de nosso tempo, em questões de garantia e concretização de direitos fundamentais.

A título de ilustração, serão consideradas as consequências dos atos individuais regulados pelas normas jurídicas em relação a outras pessoas. Por exemplo, o motorista negligente gera custos para quem atropela e para quem tem de tomar precauções para evitar acidentes; o inadimplente gera custos para quem consigo celebrou o contrato e para quem tem de tomar precauções com o fito de garantir o cumprimento dos contratos; o ladrão gera custos para quem é roubado e a quem tem de se precaver para não ser vítima de roubos. Na medida em que esses custos sociais não são levados em consideração na definição do comportamento individual regulado pelas normas jurídicas, aquele tende em não resultar como benefício de toda a sociedade (RODRIGUES, 2007).

Antes de adentrar nas questões metodológica e axiológica, relativas ao modo como se pretende analisar a eficiência da decisão e a qual critério de eficiência pode ser considerado mais adequado para que a decisão promova uma melhor alocação de recursos, impõe-se abordar uma questão terminológica. O objetivo da presente seção é traçar a necessária distinção entre os termos eficácia, efetividade e eficiência, a fim de evitar incompreensão sobre o uso do objeto de estudo da dissertação.

No Direito, é comum haver discussão entre as concepções de eficiência, eficácia e efetividade. A título de ilustração, apresentar-se-á o emprego dessas concepções nos campos do Direito Constitucional e Direito Processual.

No campo do Direito Constitucional, consoante preleciona José Afonso da Silva, a eficácia jurídica consiste na possibilidade de aplicação da norma, no sentido da capacidade de serem atingidos os objetivos traduzidos nela. Já a eficácia social ou efetividade refere-se à efetiva aplicação da norma no mundo dos fatos (SILVA, 1998). Nesse contexto, enquanto a eficácia consiste na potencial aplicação, a efetividade se dá pela concreta aplicação da norma jurídica no mundo real. Em questões envolvendo direitos fundamentais, especialmente

quando se trata de direitos sociais, econômicos e culturais, não é incomum questionar-se a eficácia e a efetividade da norma jurídica.

Canotilho (1991) vê a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível”<sup>2</sup> e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. Para o autor, a elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito (CANOTILHO, 1991). Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetividade dos direitos sociais prestacionais.

Como demonstram Sunstein e Holmes (2011), todos os direitos custam dinheiro, inclusive os direitos civis e políticos, considerados direitos negativos, e nada que custe dinheiro pode ser absoluto. No livro *The cost of rights* (2000), os autores buscam desfazer a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos e elencam exemplos dos custos da efetividade de direitos fundamentais tidos como de primeira dimensão ou geração. Em termos bem contundentes, Sunstein e Holmes (2011) afirmam que os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isto, contudo, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências.

Tais reflexões doutrinárias apontam para necessidade de análise dos custos dos direitos e para as consequências das decisões que importam na efetividade de direitos. A análise consequencialista da decisão é típica análise econômica em que, geralmente, o julgador analisa os custos e os benefícios da decisão. Na presente dissertação, não se trabalhará com um critério homologador e sim será proposto que os juízes quando tiverem de lidar com questões complexas envolvendo a efetividade dos direitos, pensem na melhor forma de alcançar esses bens, a partir de uma análise da eficiência da decisão judicial.

Evidentemente, somente vale a pena fazer análise de custo e benefício de uma decisão se se falar de efetividade, ou seja, da efetiva concretização de direitos fundamentais. Não se

---

<sup>2</sup> Essa teoria, segundo Andreas Krell (2002), representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

pode fazer análise de eficiência com o propósito excludente de não dar efetividade aos direitos fundamentais. Pode-se utilizar a eficiência como critério positivo para justificar a efetividade dos direitos fundamentais e não para negá-los sem justificativa plausível.

Nesse contexto, pode-se afirmar que as concepções de eficácia, efetividade e eficiência podem ser correlatas, mas que possuem densidade jurídica diferente, ainda que se pense a partir da ótica dos direitos fundamentais. A efetividade é a concretização de um direito fundamental, que pode se dar por via de um processo judicial ou não. A eficácia é a aptidão para produzir efeitos e tem-se a questão da eficiência que é um teste prévio para se chegar a um resultado e garantir a efetividade do direito. Se se disser que a solução não é eficiente, dificilmente será efetiva.

A efetividade opera no mundo da realidade. A eficiência é uma questão de escolha de alternativas para se chegar à efetividade de um direito, da melhor forma possível. É bem provável que as soluções menos eficientes sejam pouco efetivas. A mais provável é que as mais eficientes sejam mais efetivas, senão não faz sentido estudar a eficiência. A eficiência existe como critério de escolha de melhor alternativa para chegar à efetividade.

No campo do Direito Processual, tem-se que a eficácia, geralmente, está associada à aplicabilidade das normas jurídicas. As normas vigentes e válidas dentro de um determinado sistema jurídico detêm legitimidade jurídico-valorativa para ser aplicadas à sociedade. O fato de poderem ser aplicadas significa que tais normas possuem aplicabilidade, ou seja, eficácia jurídica. A efetividade, por sua vez, está diretamente relacionada à satisfação ou à concretização do direito afirmado dentro de um processo judicial. A eficiência, por fim, está ligada à efetivação desse direito de um modo mais satisfatório<sup>3</sup>.

Para Didier Jr, a eficiência não se confunde com a efetividade. “Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório” (DIDIER Jr., 2014, p. 71). A eficiência, para Didier Jr (2014), é algo que se constata *a posteriori*. Nesse sentido, todo processo eficiente é efetivo, mas nem todo processo efetivo é eficiente. Por outro lado, Carvalho (2016, p. 275) entende que a eficiência está associada ao exercício da atividade jurisdicional, cujo objetivo é atingir o

---

<sup>3</sup> Um exemplo trazido por Cunha (2016, p. 50) pode esclarecer a distinção. Imagine que um juiz conceda uma tutela provisória para determinar o cumprimento de uma obrigação de fazer personalíssima. Embora a norma seja *eficaz* (pois prevê a possibilidade de tutela provisória antecipada que foi realmente concedida pelo juiz) e a decisão *efetiva* (pois veio a ser cumprida a medida imposta), este seu cumprimento se deu depois de um longo tempo ante a dificuldade de localizar o réu para cumprir a determinação judicial, sendo, dessa forma, *ineficiente*, porquanto o juiz determinou uma obrigação de fazer personalíssima que se revelou uma medida inadequada, não sendo eficiente no meio executivo.

resultado do processo (tutela jurisdicional). “A eficiência é meio, a efetividade é resultado” (CARVALHO, 2016, p. 275). A diferença pontual entre os dois autores é que enquanto o primeiro compreende a eficiência como resultado a ser medido posteriormente, o segundo entende que ela é meio para alcançar um resultado.

A despeito de se tratar dessas questões envolvendo efetividade e eficácia, não se pretende trabalhar aqui com as concepções delas, porque a efetividade não é o problema que se pretende examinar. A questão da efetividade, muitas vezes, não exige uma decisão judicial. O objetivo é investigar a eficiência e quais os possíveis critérios a ela aplicáveis podem ser adotados pelos juízes, por meio da decisão judicial, visando a um resultado mais satisfatório.

A princípio, pode-se dizer que decisões que alocam melhores recursos são mais eficientes do que aquelas que alocam piores. A forma como vão ser alocados recursos pode tornar, eventualmente, a decisão judicial menos incluyente do ponto de vista dos direitos fundamentais. A questão que se coloca é se a inclusão é resultado? Acha-se que é muito importante que se busque uma decisão geradora de maior inclusão social, mas não é isso que a presente dissertação pretende examinar. O que se almeja saber é quais critérios podem ser utilizados como fundamentação de uma decisão judicial para escolhas alocativas que levem ao bem-estar social e ao desenvolvimento. As escolhas alocativas podem ser boas ou ruins, dependendo do fim que se pretende alcançar. A ideia é definir o melhor critério para fazer melhor alocação de bens e recursos.

A alocação eficiente de bens e recursos, dentro de um processo decisório, passa pela análise de custos e de benefícios das normas jurídicas, pois revela-se importante tornar as relações sociais menos injustas e promover o desenvolvimento e o bem-estar social. Note-se, então, que a análise da eficiência tem importante papel na interpretação e na aplicação do Direito. O problema é se ela pode ser utilizada como fundamento da decisão judicial?

A resposta a esta questão parece ser positiva. A função jurídica, como instrumento de decisão social quanto à alocação de recursos escassos, é bastante evidente: “os juízes decidem nos limites da pretensão nas demandas judiciais e das decisões judiciais resultam redistribuição de recursos em litígio” (CASTRO, 2011, p. 26). Nessa questão, a Economia tem muito a contribuir, e a eficiência seria o critério de seleção de alternativas oferecidas mais adequado para a promoção do desenvolvimento e do bem-estar geral (CASTRO, 2011).

O problema, contudo, não resta superado, uma vez que os estudiosos e os profissionais de Direito e de Economia atribuem à eficiência diferentes sentidos, o que dificulta a análise econômica como subsídio da decisão judicial. Essa inconsistência doutrinal vai além do

simples inconveniente vocabular e acaba por produzir um grande desafio para aplicação da eficiência no âmbito da decisão judicial. De todo modo, quando se percebe que a eficiência tem conteúdo e aplicação diferentes das concepções de eficácia e de efetividade, mostra-se possível sua utilização mais adequada como fundamento da decisão judicial. Entretanto, surgem duas questões a ser meticolosamente enfrentadas: uma questão metodológica e uma questão axiológica.

## 1.2 QUESTÃO METODOLÓGICA PARA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

No caso, a questão metodológica refere-se ao modo de aplicação da eficiência nas decisões judiciais. A eficiência pode ser vista como próprio fundamento da decisão judicial ou apenas como análise posterior do resultado da decisão. Neste trabalho, pretende-se trabalhar com o primeiro viés, o da eficiência como fundamento jurídico da decisão. A análise da eficiência não será *a posteriori* da decisão e sim, *a priori*, como argumento do processo decisório.

Nesse sentido, quando se analisa a eficiência *a posteriori*, não se é capaz de dizer como certa decisão judicial deve ser tomada. O máximo que se pode fazer é identificar as possíveis consequências de determinada decisão, bem como comparar a eficiência de cada solução possível, através de um critério como o de custo-benefício. Essa abordagem se assemelha ao ramo positivo da AED. Já quando se analisa a eficiência *a priori*, a partir de uma prognose de soluções possíveis, escolhendo aquela mais eficiente, dado um valor previamente definido, está se fazendo uma abordagem semelhante ao ramo normativo da AED.

Nesse caso, como o juiz deve proceder para incluir a eficiência como argumento no processo de justificação da decisão judicial? O juiz deve considerar os efeitos econômicos e sociais da decisão judicial? Além disso, o julgador pode considerar a eficiência como uma norma jurídica? Se positivo, que espécie de padrão jurídico é a eficiência? Tais indagações são apenas algumas quando se pretende utilizar a eficiência não apenas como um conceito ou ferramenta analítica da economia, mas como fundamento jurídico da decisão judicial.

Cabe, aqui, uma breve reflexão acerca da fundamentação da decisão judicial e a limitação da aplicação do Direito. Tradicionalmente, o juiz só está autorizado a aplicar as normas jurídicas positivadas. Para os juspositivistas, as normas são constituídas apenas por regras jurídicas. No positivismo jurídico, há uma certa simplificação do Direito, descrevendo-

o como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas com respeito a um critério de pertencimento (norma fundamental, para Kelsen<sup>4</sup> ou regra de reconhecimento, para Hart<sup>5</sup>), a partir do qual a validade ou invalidade é mensurada.

Para os interpretativistas (adeptos da Teoria do Direito como Integridade), o Direito não opera dessa maneira, pois existem padrões jurídicos diferentes de regras, tais como os princípios e as políticas<sup>6</sup>. Isso decorre de um processo de constitucionalização do Direito, mediante o qual o ordenamento jurídico é completamente impregnado por princípios previstos na Constituição. Nesse contexto, a jurisdição é geralmente entendida como atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo previsto nos diversos padrões jurídicos ao caso concreto, com o intuito de resolver, de forma definitiva, o conflito jurídico e gerando, com tal solução, pacificação social. Assim, a decisão judicial só é legítima caso ocorra com estrito respeito às normas jurídicas.

Então, como se admitir força normativa à eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial? A eficiência pode ser considerada como um padrão jurídico?

O questionamento é também objeto da Análise Econômica do Direito que tem dado muita atenção à aplicação dessa ferramenta da economia em alguns ramos do Direito. A título de ilustração, uma decisão que é objeto de estudo da AED e representou a primeira vez que a eficiência foi utilizada como argumento jurídico em uma decisão judicial foi no caso *United States vs. Carrol Towing Co.*, julgado em 1947, em que um juiz chamado Learned Hand, aplicando a análise de eficiência, segundo o critério de custo-benefício, argumentou que haveria uma fórmula para determinar o nível juridicamente exigível de cuidado a ser tomado por um indivíduo para se evitar a responsabilização por conduta negligente em caso de acidente<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Para Kelsen (2009, p. 1), a pureza das normas jurídicas compreende a libertação da ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Sua tese é totalmente refratária à possibilidade de discussão a respeito do conteúdo das normas, especialmente quanto à justiça e à equidade de comando normativo, dados que seriam elementos pertinentes a outras ciências.

<sup>5</sup> A despeito de Hart (2009, p. 103-104) compartilhar os mesmos fundamentos de Kelsen, sua construção teórica exerceu grande influência devido à sofisticação de seu pensamento e a algumas soluções teóricas. Na versão hartiana, os postulados fundamentais do positivismo jurídico: a autoridade e a hierarquia normativa são delineadas sob a ótica de uma validação de pertencimento (*pedigree*) a um complexo sistema de normas primárias e secundárias.

<sup>6</sup> Tal questão, convém registrar, foi objeto do famoso debate entre Herbert Hart, em sua obra *O conceito de direito*, e Ronald Dworkin, em seu livro *Levando direitos a sério*. Enquanto Hart (2009) defende a tese de que o ordenamento jurídico é constituído por regras jurídicas, Dworkin (2002) nega, defendendo a ideia de que este ordenamento é constituído por regras, princípios jurídicos, políticas e outros padrões jurídicos.

<sup>7</sup> *United States v. Carroll Towing Co*, 159 F. 2d 169, 173 (2d Cir. 1947). Na famosa formulação de Learned Hand, as pessoas devem tomar precauções se e somente se o custo marginal (ou ‘encargo’, ‘C’) dessa precaução (na forma de custos tangíveis de precaução ou da perda dos benefícios que tomar a precaução causará) forem

A *Hand Formula*, como ficou posteriormente conhecida, só responsabilizaria o réu de uma ação de responsabilidade civil por negligência caso se pudesse determinar que a prevenção do acidente seria a melhor alternativa de custo-benefício dentre as possibilidades existentes (CASTRO, 2011, p. 32). No caso referido, a fórmula só foi utilizada como recurso argumentativo pelo relator do julgamento (*obiter dictum*), mas não serviu como fundamento jurídico (*ratio decidendi*) daquela decisão judicial.

A referida decisão representou um significativo marco da aplicação de conceitos econômicos para o Direito, por revelar que a eficiência era um valor a ser considerado nas decisões judiciais. A questão que se tem colocado, atualmente, é como aperfeiçoar essa abordagem para que as teorias econômica e jurídica, de forma harmônica, possam assegurar algum grau de normatividade à eficiência, para que ela não sirva apenas como argumento, mas como próprio fundamento da decisão judicial.

Não há dúvida de que essa é uma questão axiológica, pois a despeito de representar um valor fundamental na ciência econômica, na ciência jurídica, a eficiência é apenas mais um valor entre tantos outros a serem promovidos, como justiça, igualdade, liberdade e legalidade.

### 1.3 QUESTÃO AXIOLÓGICA E OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA EFICIÊNCIA

O problema axiológico é mais amplo que a simples questão semântica do significado de eficiência. Relaciona-se com os efeitos que são socialmente desejáveis de uma decisão judicial. Dentro dessa perspectiva de socialmente desejável, indaga-se, a partir de que critérios normativos, racionalmente confiáveis, pretendem-se alcançar essa decisão judicial eficiente? A decisão deve beneficiar uma maioria sem prejudicar ninguém ou a decisão deve promover o máximo de bem-estar social, mesmo que isso importe prejuízo para uma minoria.

Neste cenário, revela-se importante a identificação de qual concepção de eficiência pode ser melhor utilizada como fundamento das decisões judiciais. Os estudiosos da Análise Econômica do Direito consideram a eficiência como um dos conceitos centrais de sua teoria, mas reconhecem várias acepções do termo, como será visto a seguir.

---

inferiores que os benefícios marginais (na forma de riscos reduzidos de danos, mensurada pela multiplicação da probabilidade ('P') do evento pela magnitude do dano ('D') caso o sinistro aconteça. Se  $C > P \times D$ , seria um absurdo se exigir o mais dispendioso, C. (SIMONS, Kenneth W. *apud* CASTRO, Adriano, 2011, p. 32).

### 1.3.1 A Eficiência de Custo e Benefício

A ideia de eficiência mais comum é aquela que relaciona os meios necessários para a obtenção de um determinado fim. Trata-se de um critério baseado na produção de bens e que leva em consideração o aspecto quantitativo. Na visão de Stone (2002, p. 61), “it is a way of judging the merits of different ways of doing things”<sup>8</sup>.

Afirmar que um meio é eficiente significa que, diante da multiplicidade de meios que podem ser utilizados para se alcançar um determinado objetivo, um deles atinge melhores resultados que os outros.

Como essa escolha envolve uma análise do mérito de cada meio empregado para a obtenção de um certo resultado, é necessário conhecer os vários meios. Contudo, esse método parece não ser suficiente, uma vez que outros elementos podem servir como parâmetros de avaliação, ainda que os mesmos objetivos sejam alcançados. Dias (2016, p. 79-80), ao tratar do tema, cita como exemplo o caso da implantação de um empreendimento que pode ser considerado mais eficiente que outro, por ser menos poluente, a despeito de absorver uma mesma parcela de mão de obra desocupada.

O problema, a respeito da concepção de eficiência, é que ela não pode ser calculada apenas em termos econômicos de custo e benefício, por ser um dado apenas objetivo. Por esse raciocínio, seria apenas eficiente um processo produtivo “quando não fosse possível gerar os mesmos resultados usando os mesmos insumos ou não fosse possível produzir mais resultados com qualquer combinação de insumos” (DIAS, 2016, p. 80).

No mesmo sentido, Cooter e Ulen (1998, p. 25) lecionam:

Decimos que un processo de producción es productivamente eficiente si se da cualquiera de dos condiciones:

1. no se puede generar la misma cantidad de producción utilizando una combinacion de insumos de costo menor, o
2. no se puede generar más producción utilizando la misma combinación de insumos.

Trata-se, evidentemente, de um critério comparativo, que toma como base um indicador de referência, o qual passa a ser um fator decisivo para definir o nível de eficiência de um processo produtivo. “Embora esse tipo de abordagem não ofereça uma fácil transposição para o campo social, resta evidente que sua concentração no aspecto quantitativo de uma relação entre dois parâmetros manifesta claramente uma concepção utilitarista” (DIAS, 2016, p. 80).

---

<sup>8</sup> É uma maneira de julgar os méritos de diferentes maneiras de fazer as coisas (**tradução live**).

A título de exemplo, considere que uma fábrica de automóveis pretenda uma produção eficiente de veículos. A produção será eficiente no momento em que a empresa puder produzir a mesma quantidade de automóveis, com o mínimo de gastos em recursos humanos, maquinário e investimento ou mais quantidades de automóveis, usando a mesma combinação de recursos humanos, maquinário e investimento.

Um outro exemplo bem interessante refere-se aos custos de prevenção de acidente aéreo. Imagine que cada acidente aéreo cause um custo total de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), incluindo todos os custos sociais relevantes, que compreendem as perdas da companhia aérea quanto das vítimas e família das vítimas dos acidentes. Em seguida, suponha que uma empresa possa investir R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em uma nova tecnológica de segurança aérea que, se adotada, causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. A questão que se coloca é se esse investimento é eficiente para a empresa? A resposta é negativa, se for observado apenas o aspecto quantitativo, visto que a companhia aérea investirá R\$ 2.000.000,00 para evitar custos estimados de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) – 1% de R\$ 100.000.000,00. “O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre” (SALAMA, 2010, p. 30).

Essa discussão tem reflexos importantes no ordenamento jurídico, dado que as regras jurídicas que disciplinam atividades perigosas, como aviação civil, não podem ser consideradas como imperativos absolutos. A conveniência de uma determinada regra jurídica, que regula um setor da economia está intimamente ligada à quantidade de recursos disponíveis, ao contexto cultural e ao grau de desenvolvimento de determinada sociedade.

Um outro critério de eficiência é chamado de Eficiência de Pareto e está diretamente ligado a alocações e distribuição de bens, como será visto a seguir.

### **1.3.2 A Eficiência segundo o modelo de Pareto**

A maioria dos estudos da Análise Econômica do Direito está relacionada à eficiência alocativa e a definição de uma alocação eficiente de recursos mais comumente usada pelos economistas é conhecida como critério de Pareto. Note que este critério e os demais a serem apresentados nas próximas seções desse capítulo não se referem à produção eficiente de recursos, e sim, à distribuição eficiente de recursos, o que gera, com mais frequência, choque entre os valores de justiça e eficiência<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Vasco Rodrigues (2007, p. 34-35) traz a seguinte reflexão. Não deveríamos, antes, preferir um enquadramento jurídico mais justo a um menos justo? Esse é um ponto que não tem consenso entre os estudiosos da AED. Numa

A eficiência, segundo o modelo de Pareto<sup>10</sup>, é aquela em que a alocação de recursos é superior quando, pelo menos, uma pessoa se vê beneficiada e nenhuma prejudicada. O *Ótimo de Pareto* é alcançado quando não são possíveis novos ajustes distributivos em benefício de alguém sem prejuízo de outra pessoa.

A título de exemplo, imagine a possibilidade de alterar uma determinada situação, modificando a legislação em vigor. Esta situação constitui uma *Melhoria de Pareto* se beneficia, pelo menos, uma pessoa e não prejudica ninguém. Quando isso ocorre, os economistas dizem que a alocação de recursos é *superior* à situação inicial ou *mais eficiente*. Tal critério parece ser menos subjetivo, pois dispensa o responsável pela alocação de quaisquer comparações interpessoais. Basta analisar se cada um dos indivíduos potencialmente afetados considera que a alteração lhe é benéfica, prejudicial ou não lhe afeta.

Após a primeira melhoria de Pareto, é possível que ocorra uma sucessão de melhorias de Pareto, em que haja um benefício para, pelo menos, uma pessoa sem prejudicar ninguém. No entanto, após uma sucessão de melhorias, acabará por se atingir, inevitavelmente, uma situação em que já não é possível melhorar a situação de mais ninguém sem prejudicar outrem. Nesse ponto, tem-se o chamado *Ótimo de Pareto* ou *Eficiente no sentido de Pareto*<sup>11</sup>.

Para Cooter e Ulen (1998, p. 26), “una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto se es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona”. Na mesma linha, Cossio Diaz (1997, p. 240) sustenta que, “existe un ‘Pareto eficiente’ siempre que pudiendo mejorarse a alguien no se perjudique a outro”.

---

série de trabalhos, Kaplow e Shavell (1999, 2000 e 2002) argumentam que não se deve utilizar nenhum outro critério que não a eficiência, visto que este corresponde uma agregação da utilidade sentida por cada membro da sociedade. O seu principal argumento é o seguinte. Há duas situações possíveis: ou o critério de justiça (ou qualquer outro) leva sempre às mesmas escolhas que o critério de eficiência ou isso não acontece. Se os dois levam sempre às mesmas escolhas, a distinção entre eles é pouco mais do que uma questão semântica: eficiência seria designação econômica da justiça. Se os dois critérios levam, algumas vezes, a escolhas diferentes, o critério de justiça leva, nos casos de conflito, a preferir situações chamadas *Pareto-inferiores*, ou seja, leva a defender que não se promova realocações que melhorem a situação de alguns sem prejudicar outros. No limite, como aponta Rodrigues (2007, p. 35), “o critério de justiça poderá levar a preferir situações em (que) todos os membros da sociedade estão pior(es) do que numa alternativa viável! Em razão disso, parece que o ônus da prova sobre a bondade do critério que propõem recai sobre os proponentes do critério da justiça”.

<sup>10</sup> Vilfredo Pareto (1843-1923), economista italiano, professor em Lausanne, que desenvolveu uma versão da teoria econômica do equilíbrio da concorrência perfeita.

<sup>11</sup> É também comum traçar uma diferença entre Ótimo de Pareto forte e Ótimo de Pareto fraco. A Ótimo forte ocorre quando qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos (significando que todos devem ganhar com tal realocação). Já o Ótimo fraco é mais flexível, pois ocorre quando a realocação ou mudança for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida pelos demais (que não ganham nem perdem, estando, portanto, indiferentes).

A eficiência de Pareto foi considerada pelo próprio Pareto como solução para o problema clássico do utilitarismo prático, qual seja, “o de medir a felicidade das pessoas para avaliar o efeito de uma política na utilidade total da sociedade” (POSNER, 2010, p. 105). Como há uma dificuldade para medir a utilidade, a única maneira de demonstrar, segundo o critério de eficiência de Pareto, a superioridade de uma alteração da alocação de recursos é considerar que houve o consentimento geral das pessoas afetadas.

As objeções contra o utilitarismo e, por sua vez, contra o conceito da eficiência ligada à ética utilitarista levaram muitos economistas à definição de eficiência, seguindo critérios como o de Pareto, que limitam os resultados de transações voluntárias. Imagine que a empresa A vende a um consumidor B um telefone celular por \$500, que ambas as partes têm informações plenas e a transação não afeta ninguém mais. Pode-se afirmar que a utilidade de \$500 para a empresa A é maior que o telefone celular, sendo o inverso verdadeiro para o consumidor B, embora não se saiba em que medida a transação aumentou as utilidades de A e B. Então, afirma-se que a alocação de recursos que se produz com a transação é, no sentido de Pareto, superior à alocação de recursos existentes antes da transação. Como se observa, uma distribuição eficiente no sentido de Pareto é aquela que melhora a situação de uma pessoa pelo menos e que não piora a situação de ninguém. No exemplo acima, a transação melhora a situação dos sujeitos A e B e, em tese, não piora a situação de ninguém. Neste aspecto, à primeira vista, o critério de eficiência de Pareto é uma unanimidade entre todas as pessoas afetadas.

O critério de eficiência de Pareto, apesar disso, não tem o compromisso de ser justo, bom ou correto (RODRIGUES, 2007). Por exemplo, se duas pessoas pobres tiverem que dividir duas cestas básicas distribuídas em um programa assistencial, e uma delas se apoderar das duas cestas, a situação resultante é um Ótimo de Pareto, já que qualquer redistribuição das mesmas cestas básicas para aumentar a satisfação da pessoa que não recebeu nenhuma cesta deixaria em uma situação pior o que delas se apoderou. Por isso, um Ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente aceitável ou benéfico.

Importante ressaltar, também, que, normalmente, o mesmo problema tem várias soluções de Ótimo de Pareto. Nessa situação, em uma dada estrutura, podem coexistir vários Ótimos de Pareto. No caso anterior, por exemplo, se as cestas básicas forem distribuídas

igualmente entre as duas pessoas, em vez de entregá-las a uma só, teremos uma outra situação de eficiência de Pareto, aparentemente mais justa<sup>12</sup>.

O modelo de eficiência de Pareto parece facilmente aceito dentro de um processo de escolha social. Contudo, há objeções. O próprio John Stuart Mill, um liberal do século XIX e expoente do utilitarismo, o qual defende que toda pessoa tem direito à máxima liberdade desde que não imponha um dano à liberdade de mais ninguém, poderia fazer objeção. Posner (2007) traz um exemplo bem elucidativo de uma transação eficiente segundo o critério de Pareto, que afetaria o direito à liberdade de religião:

Imaginemos una sociedade integrada por dos indivíduos (o dos grupos homogéneos, para volverla um poco más realista). A, um protestante, no quiere que B, um católico, lea a Bíblia católica. A preferiria la Biblia, ya que se considera suficientemente inoculado contra la herejia católica. Su última elección es que B lea el libro. La primera elección de B es que se obligue a A a ler la Biblia católica – él la necesita más que nadie, siendo um protestante – y su segunda elección es que sólo se permita leerla a él mismo, B. Su última elección, obviamente, es que el libro sea proscrito. Así que lo único en que convienen A y B es en que es mejor que se permita a A ler el libro y no que se permita a B leerlo<sup>13</sup>.

Nesse exemplo, a primeira escolha de cada um dos envolvidos seria atendida se ao indivíduo A fosse permitido ler a Bíblia católica e ao indivíduo B fosse proibido. A despeito dessa escolha ser eficiente no sentido de Pareto, pois melhoraria a situação de ambos, a partir de suas escolhas, ela contraria a posição liberal, pois implica a proibição de que B, por exemplo, leia um livro que desejaria ler.

Outra objeção contra a eficiência, baseada no critério de Pareto, é que tem poucas aplicações no mundo real, porque a maioria das transações tem efeitos sobre terceiros. A eficiência no sentido de Pareto se revela inatingível quando se verifica que, num cenário de distribuição de recursos, há mudanças alocativas que produzem perdas e ganhos aos participantes da sociedade, e esse critério não permite avaliar se essas mudanças são boas ou ruins (CASTRO, 2011). Essa, talvez, seja a principal dificuldade de se utilizar esse critério como fundamento de uma decisão judicial, dado que dentro de um processo, a decisão judicial geralmente produz vencedores e vencidos e, além disso, gera impacto sobre terceiros alheios

---

<sup>12</sup> A princípio, uma situação em que cada pessoa carente recebe uma cesta básica parece mais preferível àquela em que uma delas se apropria das duas cestas. Contudo, imagine que esta pessoa tenha dez filhos em casa para sustentar e a outra mora só e tem apoio de parentes que lhe ajudam na sua subsistência.

<sup>13</sup> Imaginemos uma sociedade composta por dois indivíduos (ou dois grupos homogêneos, para torná-lo um pouco mais realista). A, um protestante, não quer que B, um católico, leia uma Bíblia católica. A prefere ler a Bíblia, por se considerar suficientemente vacinado contra a heresia católica. Sua última escolha é que B leia o livro. A primeira escolha de B é que A seja obrigado a ler a Bíblia católica – ele necessita mais do que ninguém, sendo um protestante - e sua segunda escolha é que seja permitida apenas que ele, B, leia. Sua última escolha, obviamente, é que a leitura do livro seja proibida. Então, tudo o que A e B concordam é que o melhor será permitir que A leia o livro e que B não seja autorizado a lê-lo. **(Tradução livre)**

ao processo. Além disso, pelo critério Paretiano, praticamente nenhuma mudança (por exemplo, uma mudança legislativa) será possível na ausência de unanimidade, e isto é uma limitação prática muito séria à utilização da eficiência Paretiana como guia de Políticas Públicas (SALAMA, 2010).

Como a medição direta da utilidade, é impossível, normalmente, a única maneira de demonstrar, segundo o critério de Pareto, a superioridade de uma alteração na alocação de recursos é mostrar que houve o consentimento de todas as pessoas afetadas (POSNER, 2010).

Da mesma forma, os conceitos relativamente objetivos do critério de Pareto não apresentam respostas satisfatórias na comparação entre situações alternativas. Rodrigues (2007, p. 27) diz que, “passar de uma situação Pareto-eficiente para outra implica prejudicar alguns para beneficiar outros: hierarquizar as duas situações envolve necessariamente um juízo sobre a importância relativa dos custos e benefícios que cada um sente”.

No caso citado da distribuição de cestas básicas para duas pessoas carentes, se se comparar a situação em que uma pessoa se apropria da totalidade das cestas com aquela em que estas são divididas igualmente entre os famintos, é possível dizer que a segunda distribuição é preferível à primeira se se entender que a cesta básica dada à pessoa que não tinha nenhuma proporciona mais utilidade do que a que dela é privada. Como não é possível haver uma hierarquia entre duas situações de Ótimo de Pareto, por fazer uma comparação interpessoal, a solução precisa ser buscada em outro critério.

Normalmente, a solução utilizada pelos economistas, para ultrapassar esta dificuldade, é recorrer a alguma forma do chamado *princípio da compensação*. Esse princípio se concretiza quando os beneficiados de uma alteração na distribuição de recursos aceitam suportar uma compensação pelos prejuízos sofridos pelos prejudicados.

Esse procedimento corresponde, na prática, àquilo que é conhecido pelos economistas como o critério de Kaldor-Hicks, que será visto na sequência.

### 1.3.3 A Eficiência segundo o modelo Kaldor-Hicks

A eficiência segundo o critério de Kaldor<sup>14</sup> e Hicks<sup>15</sup> foi desenvolvido para superar as limitações do critério de eficiência de Pareto, devido à necessidade de se considerar todas as pessoas afetadas.

---

<sup>14</sup> Nicholas Kaldor (1908-1986).

<sup>15</sup> Sir John Richard Hicks (1904-1989). Prêmio Nobel de Economia de 1972, por suas contribuições ao desenvolvimento da Teoria Geral do Equilíbrio e da Teoria Geral do Bem-Estar Social.

Cada um dos teóricos desenvolveu esquemas teóricos independentes que, conjuntamente considerados, contornariam a necessidade da unanimidade, substituindo o consenso pela indiferença das partes em relação ao resultado (CASTRO, 2011, p. 47).

Para Kaldor-Hicks, a eficiência de uma mudança alocativa de recursos se dá quando preenche cumulativamente as seguintes características:

- a) Os mais favorecidos sejam capazes de compensar os menos favorecidos e ainda resguardar para si algum benefício da mudança (critério de Kaldor); e
- b) Os menos favorecidos não possam oferecer aos mais favorecidos oferta que lhes demova o interesse ou lhes torne indiferente à mudança (critério de Hicks)<sup>16</sup>.

Conjugando os critérios, tem-se que uma alteração na alocação de recursos será eficiente, segundo o modelo de Kaldor-Hicks, se o aumento no valor decorrente das transações for suficiente para compensar plenamente os menos favorecidos.

Na visão de Cossio Diaz (1997, p. 242), “mediante el critério Kaldor-Hicks se considerará eficiente toda situación en la cual aquellos que obtienen un beneficio deban compensar a quienes obtienen una perdida, independentemente de que en realidad lo hagan”.

Cooter e Ulen (1998), por sua vez, denominam o critério de eficiência de Kaldor-Hicks como uma melhora potencial em termos de Pareto. Para os autores, esse critério permite “los cambios donde hay ganhadores y perdedores pero exige que los ganhadores ganen más que lo que pierden los perdedores” (COOTER E ULEN, 1998, p. 66). Se essa condição é satisfeita, os ganhadores podem, em princípio, compensar os perdedores e ficar, se possível, com um excedente. Para esse critério, não tem de haver efetivamente a compensação, mas ela deve ser possível em princípio. A possibilidade teórica de compensação dos perdedores pelos vencedores em razão do prejuízo sofrido é da essência do conceito.

Uma das formas de implementar a compensação é converter as utilidades subjetivas em valores monetários que os agentes econômicos considerem equivalentes. Hipoteticamente, deve-se proceder da seguinte forma:

- 1- Estimar o montante que cada pessoa potencialmente beneficiada pela alteração estaria disposta a pagar para obter o correspondente benefício;
- 2- Estimar o montante que cada pessoa potencialmente prejudicada pela alteração estaria disposta a pagar para não ter que suportar o sacrifício;

---

<sup>16</sup> RECKON OPEN. **Pareto improvements and Kaldor-Hicks efficiency criterion**. 2010-12-14T16:50:46. Disponível em [http://www.reckon.co.uk/open/Pareto\\_improvement\\_and\\_Kaldor-Hicks\\_efficiency\\_criterion](http://www.reckon.co.uk/open/Pareto_improvement_and_Kaldor-Hicks_efficiency_criterion). Acesso em 04/11/2016, às 18h48.

3- Por fim, comparar o total de benefícios com o total de custos. Se o primeiro exceder o segundo, a alteração proposta é eficiente e deve ser concretizada.

A compensação não é efetiva, mas presumida. Rodrigues (2007) esclarece tal situação ao explicar por que se utiliza o verbo estimar:

O facto de dizermos que deveríamos estimar, e não que deveríamos perguntar diretamente às pessoas em causa, não é casual. Se perguntássemos efetivamente às pessoas, elas tenderiam a manipular as suas respostas para conseguir o resultado do seu interesse: as pessoas beneficiadas pela alteração, como pretenderiam que ela fosse concretizada, tenderiam a exagerar o benefício obtido; por sua vez, as pessoas prejudicadas, querendo evitar a concretização da alteração, tenderiam a exagerar os respectivos sacrifícios (RODRIGUES, 2007, p. 29).

No caso do exemplo anterior da venda do telefone celular, se a empresa A atribui ao telefone um valor de \$500 e o consumidor B um valor de \$1000, qualquer preço entre \$500 e \$1000, produzirá uma transação benéfica para os dois de \$500 (a um preço de \$800, por exemplo, A se considera \$300 mais rico e B se considera \$200 mais rico). Neste caso, tem-se uma transação eficiente no sentido de Kaldor-Hicks, desde que os danos (se tiver algum) causados a terceiros, menos qualquer benefício gerado para eles, não excedam \$500 e sejam compensáveis.

Rodrigues (2007, p. 30) apresenta outro exemplo do emprego deste critério. Suponha que, em uma determinada noite, o poder público autorize a realização de um show em uma praça da cidade. Se a autoridade que permitiu a realização do evento tivesse se baseado no critério de Pareto, o show não teria se realizado, visto que, apesar de beneficiar os apreciadores de música, prejudicaria o sossego dos moradores vizinhos. A aplicação do critério de Kaldor-Hicks parece ser mais razoável. De acordo com este critério, a autoridade, antes de autorizar ou não a realização do show, deveria quantificar quanto é que os frequentadores estariam dispostos a pagar para assisti-lo e quantos os moradores prejudicados estariam dispostos a pagar para não ter que suportar o incômodo sonoro. Se o primeiro montante fosse maior do que o segundo, o show deveria ser autorizado. Caso contrário, não deveria ser.

Considere, também, um exemplo apresentado por Salama (2010). O referido autor reporta o caso de uma lei nova que proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda em uma cidade. Com a entrada em vigência da lei, “houve perdedores, e disso não resta dúvida, porque várias pessoas perderam seus empregos, e outras perderam seus negócios” (SALAMA, 2010, p. 31). Por outro lado, o sólido apoio da população à mudança legislativa, parece indicar que os ganhos do restante da população – os ganhadores – excederam as perdas do

grupo prejudicado – os perdedores. Neste cenário, podem-se obter arranjos que piorem a situação de algumas pessoas (resultado ineficiente para Pareto), mas que sejam compensáveis pelos mais favorecidos (resultado eficiente para Kaldor-Hicks).

Segundo Posner (2010, p. 109), a despeito dessa compensação, o critério de Kaldor-Hicks é muito criticado, mesmo por economistas, por não garantir a maximização da utilidade. Para Cooter e Ulen (1998, p. 66), “esto tiene claras desventajas como una guía para las políticas públicas”.

Sobre essa desvantagem do critério em relação às políticas públicas, são bem elucidativos os argumentos apresentados por Salama (2010, p. 32):

A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema de sua distribuição. Além disso, a comparação cardinal de níveis agregados de bem-estar traz consigo uma série de problemas, como, por exemplo (a) o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, “R\$ 1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico) e (b) a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências.

Na opinião de Cossio Diaz (1996, p. 242), “este critério es impráctico dado que al permitir que los ganhadores actuales compensen a los perdedores futuros todo queda em una hipótesis y resulta difícil tomar decisiones a partir de él”.

A despeito das críticas sofridas pelo critério de Kaldor-Hicks, o que se observa é que vários problemas de eficiência, enfrentados pela economia (monopólio, regulação, externalidades, propriedade de bens públicos e assimetria severa de informações)<sup>17</sup>, são estudados por esse tipo de critério e por outras concepções diferentes da eficiência de Pareto. Uma delas é chamada de Maximização da Riqueza e está também diretamente ligada a alocações de recursos, como será visto a seguir.

### 1.3.4 A Eficiência como Maximização de Riqueza

A eficiência como maximização da riqueza social é proposto por Posner<sup>18</sup>, em seu livro *Economic Analysis of Law* (POSNER, 1973). A maximização da riqueza, tal como definida, é obtida quando bens e outros direitos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e

<sup>17</sup> Para uma abordagem mais detalhada desses problemas de equilíbrios do mercado e soluções eficientes desses problemas, vide, por exemplo, Cooter e Ulen (1998, p. 60-66).

<sup>18</sup> Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz aposentado da Corte de Apelação da Sétima Região dos Estados Unidos da América, é o principal expoente do movimento da Análise Econômica do Direito (AED), além de mais devotado e reconhecido defensor do Pragmatismo Jurídico.

alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente monetário) para possuí-lo.

Ele propõe que o Direito, no sistema do *common law*, seja um veículo de promoção da eficiência, consagrada pela maximização da riqueza social, como critério para a solução de conflitos jurídicos (POSNER, 2007b). A maximização da riqueza torna-se, então, uma concepção do Direito. Para Posner (2007b), o modelo de comportamento humano é o da racionalidade prática, segundo a qual cada indivíduo escolherá a ação que maximizará sua utilidade esperada, o que pode refletir em uma preocupação com o bem-estar de outros.

A Análise Econômica do Direito, como vista por Posner até então, tem como pressuposto básico o fato de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações, sejam estas monetárias ou não, jurídicas ou não. Há eficiência, quando os recursos são alocados de forma a ter seu uso mais valioso. Este é o padrão normativo da Análise Econômica do Direito. Neste contexto, a maximização da riqueza tem um viés não apenas econômico, mas também ético e jurídico, a partir das seguintes premissas: a) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em comportamentos dentro e fora do mercado; b) os indivíduos respondem a incentivos; c) as regras e decisões judiciais podem ser avaliadas com base na eficiência, ao ponto de que as decisões judiciais devem promovê-la.

Embora Posner distinga a tese da maximização da riqueza da concepção utilitarista de felicidade, seu sistema consequencialista e pragmático sofre críticas por se assemelhar à filosofia de Jeremy Bentham, uma vez que a análise de custos e benefícios é, por si só, consequencialista. Posner (2007b) argumenta que:

(...) a maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e antissocial. E uma ética de produtividade e cooperação é mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade do que seria a ética utilitarista pura (POSNER, 2007b, p. 526).

O sistema de maximização de riqueza almeja que as instituições facilitem ou proporcionem as operações do mercado livre e, assim, maximizem o comportamento autônomo e em busca de utilidade. A ética da maximização da riqueza passa a ser vista, então, como uma mescla do Utilitarismo com o Liberalismo.

A riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma imperfeita, à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo (POSNER, 2010, p. 79).

A fim de demonstrar que a maximização da riqueza não é um mero substituto da maximização da utilidade preconizada pelo Utilitarismo, Posner (2010) apresenta o seguinte exemplo:

[...] consideremos um homem que decida roubar um colar de diamantes para sua esposa. O colar tem um valor de mercado de \$10.000, que é também, suponhamos, o valor subjetivo para o seu proprietário. Isto é, seu dono estaria disposto a vendê-lo por qualquer preço acima da \$10.000. A fiança ideal para esse roubo (baseada no valor do colar, na probabilidade de apreensão e condenação do ladrão, nos custos do sistema penal, nas despesas com segurança pessoal e assim por diante) é, digamos, de \$25.000. Em caso de indigência, estipula-se um tempo de prisão equivalente à desutilidade que a fiança de \$25.000 representa para o infrator que pudesse pagar por ela. Nessas circunstâncias, podemos estar relativamente seguros de que, se o tal homem pobre cometer de fato o crime, a felicidade total da sociedade aumentará, mesmo que ele não consiga pagar a fiança. A utilidade obtida pelo ladrão deve ser maior que a desutilidade por ele imposta à sociedade (através do prejuízo para a vítima, dos custos operacionais do sistema judiciário, da insegurança pela criminalidade e assim por diante), já que essa desutilidade se lhe impõe previamente como desutilidade estimada e, mesmo assim, ele comete o crime. Mas o furto não aumenta a riqueza da sociedade, já que não é resultado de transação voluntária nem de transação hipotético-mercadológica. Em um mercado real, a não disposição (por incapacidade) do ladrão para pagar pelo colar demonstra que este vale menos para ele do que para seu dono. Ao mesmo tempo, a análise de mercado hipotético é injustificada porque não há aqui nenhum problema de custos de transação excessivos que justifique que o ladrão passe por cima do mercado (POSNER, 2010, p. 75-76).

Neste cenário, a maximização da riqueza preconizada por Posner se assemelha ao Utilitarismo, na versão de Bentham, por fazer uma concepção consequencialista da moralidade e da justiça e basear-se na noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade, mas também possui características do Liberalismo, na versão Kantiana, por utilizar conceitos como autonomia e liberdade. Além disso, a maximização da riqueza envolve um componente ético de valorização da atividade produtiva e do auto-respeito<sup>19</sup>, como elemento justificador de uma justiça distributiva.

No caso do exemplo anterior da venda do telefone celular, a empresa A que vendeu o produto, adquiriu a mercadoria por meio de uma atividade produtiva, a qual beneficiou outras pessoas além da empresa vendedora, como seus empregados, seu fornecedor, o poder público (mediante o pagamento de impostos) e outros participantes da cadeia produtiva. Da mesma forma, o comprador – para quem a aquisição do direito de propriedade sobre o produto tem mais valor – acumulou seus \$500 por meio de uma atividade produtiva, que beneficiou seu empregador, poder público e clientes. Se se considerar que a renda de uma pessoa é menor do

---

<sup>19</sup> Na Teoria de Justiça como Equidade de Rawls, a realização dos dois princípios de justiça pela estrutura básica da sociedade cria as bases sociais do auto-respeito, que ele entende ser o bem primário mais importante.

que o valor total de sua produção, segue-se que o indivíduo produtivo dá a sociedade mais do que tira dela. Assim sendo, o comprador, do exemplo acima, confere um benefício líquido à empresa vendedora (que, do contrário, não aceitaria \$500), além de beneficiar outras pessoas, durante a fase de acumulação por meio da atividade produtiva.

Em uma economia de mercado bem regulada, em que as transações comerciais geralmente têm custos sociais – embora presumivelmente baixos, senão a criação de um direito seria ineficiente –, o princípio da maximização da riqueza “determina que os direitos devem ser, inicialmente, conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação” (POSNER, 2010, p. 86).

A eficiência, segundo o critério da maximização da riqueza, tende a ser um princípio moral mais defensável que o princípio da utilidade e, em relação aos dois outros critérios trazidos anteriormente (Pareto e Kaldor-Hicks), por fornecer bases mais sólidas para uma teoria de justiça distributiva.

A versão da eficiência apresentada por Posner, em síntese, difere do Utilitarismo, por considerar como medida de riqueza o valor econômico, enquanto que a medida de utilidade adotada pelo Utilitarismo é a felicidade.

[...] em Posner, a medida de justiça é a maximização de riqueza, ou de ‘valor econômico’ (riqueza e valor econômico são tomados como sinônimos para Posner), em Bentham, a medida de justiça é a maximização da utilidade, ou de felicidade (SALAMA, 2012, p. 11).

O valor econômico a que Posner alude, quando sustenta a maximização da riqueza como critério de eficiência, tem um sentido bem específico. Trata-se de quanto um indivíduo racional está disposto a pagar por algo; ou se o indivíduo já é dono desse “algo”, quanto precisaria receber para dele, voluntariamente, desfazer-se (SALAMA, 2012, p. 11). O valor econômico seria, então, a soma de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: os preços de procura (quanto o indivíduo estaria disposto a pagar por bens que ainda não possui) e os preços de oferta (quanto o indivíduo precisaria receber para vender bens que já possui). Como se observa, o valor não necessariamente se trata de um valor de mercado dos bens produzidos ou detidos pelas pessoas.

Um exemplo esclarecedor sobre como a teoria de Posner trabalha a ideia de valor econômico é o seguinte. Considere uma negociação para a compra e venda de um telefone celular entre A e B. Suponha que A esteja disposto a pagar até \$1000 pelo aparelho de B. Nesse caso, imagina-se que o telefone vale \$1000 para o indivíduo A (afinal, A está indiferente entre ter o aparelho de telefonia celular ou \$1000). Suponha que B esteja disposto a vender o telefone celular por pelo menos \$900. Nesse cenário hipotético, imagina-se que o

telefone vale \$900 para B (porque B estará indiferente entre ter o telefone ou \$900). Assim sendo, se B vender o telefone para A por, algo como, \$1000, a riqueza da sociedade aumentará em \$100 (ou seja, a riqueza da sociedade será incrementada em \$100).

Dessa forma, a venda do telefone celular deixou a sociedade mais rica no valor de \$100, e por isso a compra e venda celebrada entre os dois indivíduos foi eficiente, segundo este critério, pois maximizou a riqueza da sociedade<sup>20</sup>.

Segundo Posner (2010, p. 83), a maximização da riqueza “preestabelece a criação de um sistema de direitos pessoais e de propriedade que, teoricamente, aplicar-se-ia a todas as coisas escassas – não só a propriedade pessoal e imobiliária, mas ao corpo humano e até as ideias”. O direito de propriedade, do ponto de vista econômico, é um direito absoluto pelo fato de não poder ser extinto ou transferido sem o consentimento de seu detentor.

Há que se destacar que a ética, por trás do critério da maximização da riqueza, decorre do fato de se pressupor que “a riqueza legalmente obtida produz-se (*sic*) quando se fazem coisas para outras pessoas, oferecendo-lhes negócios vantajosos” (POSNER, 2010, p. 99). Em uma sociedade bem-ordenada e economia de mercado bem regulada, mesmo um indivíduo extremamente egoísta não seria capaz de maximizar sua riqueza, sem beneficiar outros.

Cabe aqui trazer um exemplo que esclareça a diferença entre os três últimos critérios de eficiência aqui apresentados e que está diretamente ligado à questão da justiça distributiva. Suponha que uma empresa decida fechar uma de suas fábricas de móveis na cidade A e abrir na cidade B e que, em nenhuma das duas cidades, a fábrica gere taxas significativas de poluição ambiental, congestionamento ou outras externalidades. Ainda assim, a mudança pode gerar a desvalorização de imóveis na cidade A e promover a valorização em B, piorando, conseqüentemente, a situação dos proprietários e de todos que atuam na atividade imobiliária da cidade A, mas melhorando em B. Esse deslocamento, portanto, não será eficiente segundo o critério de Pareto.

Nesse exemplo, os custos sociais da transação são meras externalidades pecuniárias que derivam da alteração na demanda e não da exploração de algum recurso escasso (como o

---

<sup>20</sup> A noção de maximização da riqueza é diferente da noção de maximização do PIB ou de crescimento econômico. O PIB (Produto Interno Bruto) representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos em uma determinada região durante um período determinado. Salama (2012, p. 12) cita um exemplo que esclarece a diferença. Suponha que um indivíduo trabalhe quarenta horas por semana para receber um salário de \$1000. Por razões pessoais, ele decide mudar de emprego e vai trabalhar em outra empresa para ganhar um salário de apenas \$500, porém trabalhando apenas trinta horas por semana. Ora, essas dez horas adicionais de lazer valem pelo menos \$500 para esse indivíduo, ou então ele jamais teria trocado de emprego. Note que, neste caso, a mudança de emprego gera valor (a mudança é eficiente, pois maximiza a riqueza da sociedade), mesmo que o PIB caia (pode-se supor que o PIB cairá porque haverá um indivíduo produtivo que estará trabalhando menos).

ar puro, no caso de poluição). Mesmo assim, o deslocamento tende a aumentar a riqueza da sociedade, pois a situação dos proprietários da fábrica tende a melhorar e as externalidades pecuniárias serão anuladas mutuamente. Conseqüentemente, o deslocamento se ajustaria ao critério de maximização de riqueza, como também ao critério de Kaldor-Hicks – neste caso, desde que o aumento no valor decorrente da transação seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados. Como à desvalorização dos imóveis em A corresponde uma valorização em B, os proprietários de imóveis em A poderiam ser compensados e, assim, ninguém sairia perdendo. Porém, na ausência de compensação, não haveria consentimento geral quanto à mudança da fábrica (POSNER, 2010, p. 107-109).

A diferenciação entre esses critérios é relevante para o presente estudo por demonstrar que não parece correto afirmar que o critério de Pareto seja a única “acepção normal” do termo eficiência<sup>21</sup>, como imaginam alguns juristas e economistas.

Quando alguns economistas dizem que o monopólio é ineficiente, por exemplo, querem dizer ineficiente no sentido de Kaldor-Hicks ou da maximização da riqueza e não no de Pareto. Uma empresa monopolista, por exemplo, quando resolve reduzir sua produção e aumentar preços, transfere para si uma parcela da riqueza do consumidor. É a clássica perda de bem-estar decorrente do monopólio. Do ponto de vista da maximização da riqueza, a perda parece ser evidente, visto que, em um monopólio, a soma do ganho de riqueza (*superávit*) do consumidor e do produtor dá um resultado menor que em um resultado de concorrência perfeita. Assim, um deslocamento da situação de monopólio para uma situação de concorrência satisfaria o critério de Kaldor-Hicks, ou da maximização da riqueza, para o aumento da eficiência, mas não atenderia o critério de Pareto, ante a perda da empresa monopolista. Para Posner, ao julgar questões como essa de bem-estar, a maioria dos economistas não hesitariam em afirmar que a ineficiência do monopólio foi constatada pelo critério de Pareto, quando estariam utilizando, de fato, o critério de Kaldor-Hicks (POSNER, 2010, p. 109-110).

Logo, a diferenciação entre as diversas acepções de eficiência é importante para se concluir que, dentre as acepções apresentadas, a de maximização da riqueza social demonstra ser a mais adequada para servir de fundamento para decisão judicial. Embora haja outras possibilidades de abordagem, verificou-se no decorrer da seção que o critério de custo e benefício é geralmente utilizado para produção de recursos e os demais critérios, como o da

---

<sup>21</sup> Dworkin, na obra *Uma questão de princípio*, trata dessa questão, ao considerar o critério de Pareto como a concepção natural do termo eficiência (DWORKIN, 2005, p. 351-398).

maximização de riqueza, para distribuição de bens, embora esses critérios sejam muito próximos, visto que todos estão perquirindo sobre a melhor alocação de recursos.

No próximo capítulo, será apresentado como a eficiência sob o critério de maximização da riqueza foi compreendida na teoria de Posner e sofreu críticas por parte de Dworkin. A importância do debate, como se demonstrará, é revelar se a eficiência possui valor jurídico.

## 2 O VALOR JURÍDICO DA EFICIÊNCIA: A TEORIA DA EFICIÊNCIA DE POSNER E A CRÍTICA DE DWORKIN

Neste capítulo, será apresentado o famoso debate travado entre Richard Posner e Ronald Dworkin sobre o uso da eficiência como justificação da decisão judicial. Apesar do debate teórico ter ocorrido há mais de vinte anos, muitas questões continuam não resolvidas. Importante destacar também que o diálogo entre os dois juristas envolve problemas jurídicos de alta densidade teórica.

No início, abordar-se-ão as teorias de Posner e Dworkin e, depois disso, mostrar-se-á como se desenvolveu esse intenso debate que começou com as críticas de Dworkin à visão econômica do Direito no artigo *A riqueza é um valor?*, de 1980, que foi incorporada posteriormente como capítulo do livro *Uma Questão de Princípio*, de 1986.

Pois bem. Quando casos são levados à apreciação judicial, espera-se que o juiz, ao solucionar a controvérsia a partir dos fatos apresentados pelas partes no processo judicial, decida o caso baseado apenas na aplicação das regras jurídicas. Quando o caso é complexo, muitas vezes, a resposta judicial esbarra numa indefinição. Nessas situações, as regras jurídicas não são claras ou não regulam as questões de fato e de direito controvertidas. São os chamados casos difíceis (*hard cases*), nos quais a decisão depende de uma interpretação do Direito além das regras jurídicas positivadas (LEITE; DIAS, 2016).

Esse tema também é alvo do debate entre Dworkin e Posner, sendo que o primeiro entende que o juiz, pode se basear, além de regras, em princípios jurídicos que lhe permitam encontrar a melhor decisão para a solução do caso, enquanto o segundo, admitindo que a decisão pode se basear, além de regras e princípios jurídicos, em argumentos de política, não aceita a ideia de uma resposta certa para a decisão de casos difíceis (LEITE; DIAS, 2016).

O debate travado entre Ronald Dworkin (e a sua Teoria do Direito como Integridade), e Richard Posner (e a sua Análise Econômica do Direito) revelou que o Direito é uma ciência rica no campo da interpretação e da argumentação jurídica.

No livro *Levando os direitos a sério*, de 1977, que se originou, na verdade, de uma coletânea de artigos que vinham sendo publicados desde a década de 1960, Dworkin fez severas críticas ao positivismo jurídico, em especial, à versão sustentada por Herbert L. A. Hart, no livro *O Conceito do Direito*, publicado em 1961.

A partir de sua crítica à ideia positivista de que em casos difíceis – quando as leis e os precedentes na tradição do *common law* não se revelarem suficientes para justificar a decisão judicial – o juiz pode agir com discricionariedade, Dworkin formula sua própria teoria da

decisão judicial, afirmando que, nesses casos, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção e que, à primeira vista, a decisão gerada possa ser guiada por princípios ou políticas, o juiz deve decidir a partir de argumentos de princípios e não de políticas (LEITE; DIAS, 2016).

Essa teoria de Dworkin, inicialmente projetada para casos difíceis, passou a sofrer críticas tanto de positivistas quanto de outros teóricos do Direito não positivistas, como Posner, que desde seu livro *A economia da Justiça*, buscou responder às críticas de Dworkin sobre o valor da eficiência e a questionar a tese de Dworkin sobre casos difíceis, argumentando, por sua vez, que nem todas as questões jurídicas têm respostas corretas e de que há uma área de indeterminabilidade do Direito.

Como será demonstrado ao longo do presente capítulo, Dworkin e Posner divergem principalmente sobre o uso ou não de argumentos de políticas para casos difíceis e a utilização ou não da eficiência como justificção da decisão judicial.

O capítulo está dividido em seis seções. Nas duas primeiras seções, apresentar-se-á Posner e sua Análise Econômica do Direito para decisão judicial de casos complexos e descrever-se-á como Dworkin concebe a decisão judicial de casos difíceis e como sua Teoria do Direito como Integridade se desenvolveu para a solução desses casos. O debate entre eles, nesse primeiro momento, será voltado para a admissão ou não de argumentos de política para fundamentação da decisão judicial.

Nas terceira e quarta seção, detalhar-se-á como a eficiência foi alçada a axioma da AED, a partir da obra *Economic Analysis of Law* (1973) e apresentar-se-á a crítica de Dworkin a algumas ideias da AED já no livro *Levando os direitos a Sério*, destacando a forte crítica que Dworkin fez posteriormente nos artigos *A riqueza é um valor?* (1980) e *Por que a eficiência?, Uma Resposta aos Professores Calabresi e Posner* (1980).

Na quinta seção, apresentar-se-á o debate de Dworkin e Posner em seu ponto mais alto: a questão do uso da eficiência como fundamento moral e jurídico da decisão judicial. Como se verá, as críticas de Dworkin sobre a maximização da riqueza se baseiam na dificuldade de justificar o valor moral dela. Posner rebate a crítica, destacando dois princípios que considera servir de fundamento moral e ético da riqueza social, mas novamente é criticado por Dworkin, que desqualifica os princípios do consentimento antecipado e do interesse como justificadores da moralidade da eficiência baseada na maximização da riqueza social.

Depois de constatar que as críticas de Dworkin à maximização da riqueza eram sólidas e consistentes, Posner, por um lado, aceita a crítica e revê seu posicionamento; por outro, passa a defender o Pragmatismo Jurídico como teoria da decisão judicial. Neste cenário, como será mostrado no decorrer do presente capítulo, Posner passa a fazer duras críticas à filosofia moral como teoria a justificar a decisão judicial. Na sua visão, o juiz deve fundamentar suas decisões a partir das consequências práticas decorrentes dela. Dworkin, como era de se esperar, sai em defesa da teoria, chamando Posner de antiteórico.

O capítulo encerra-se, na sexta seção, com uma reflexão, à luz do debate entre os dois teóricos, sobre a existência ou não de fundamento ético e moral para a eficiência, elegendo o critério de maximização da riqueza social como base dessa reflexão.

## 2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER

Richard A. Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz federal aposentado da Corte de Apelação da Sétima Região dos Estados Unidos da América, é o principal expoente do movimento teórico Análise Econômica do Direito, além do mais devotado e reconhecido defensor do Pragmatismo Jurídico.

Importante pensador contemporâneo, que, no Brasil, é muito comentado, mas pouco lido, Posner é um autor que faz uma crítica interessante ao formalismo e ao pensamento jurídico tradicional do Direito estadunidense, o que lhe garante um papel de destaque na doutrina e na jurisprudência de seu país, tanto por suas decisões como por seus livros, que estão entre os mais citados no meio jurídico norte-americano.

Posner também é um teórico muito conhecido mundialmente. A sua projeção internacional se deve, em grande parte, a sua capacidade de concatenar de forma criativa duas correntes teóricas tradicionalmente conflituosas: a tradição econômica e a tradição jurídica. O professor de Chicago trilhou caminhos que permitiram formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se concretizou mediante o movimento *Law & Economic*, geralmente referido no Brasil como Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito.

O jurista estadunidense preocupa-se com a autonomia da argumentação jurídica como premissa metodológica para a fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, suposta distância para aspectos mais realistas poderia levar a conceber aparente convergência conceitual com o Positivismo Jurídico. Essa compreensão é equivocada, pois a autonomia propalada é apenas instrumental, visto que possibilita a negação de objetividade latente.

Ideologias distintas podem conduzir a resultados idênticos, em planisfério de negócios jurídicos (GODOY, 2005).

Um judiciário independente, para Posner, exige que se substitua o profissionalismo e a neutralidade do magistrado por legitimidade política, sem que isso constitua ativismo judiciário, percepção caracterizada por aparente impossibilidade de realização. O Direito decorreria de práticas sociais e não de ideias, e nesse sentido faz-se oposição aos formalistas, crentes no Direito e na sua realização completa por meio dos cânones da legislação vigente. E se por um lado haveria estruturação lógica nas regras jurídicas, por outro elas são normalmente muito vagas, carregam amplo espaço de reserva de sentido, são altamente contestáveis e também voláteis, porque constantemente alteradas. Esse espaço de indeterminação pode ser preenchido por decisionismo que permita decisões judiciais tendentes a maximizar a ordem econômica. Na visão do jurista de Chicago, o Direito perseguiria muito mais uma lógica de justificação do que uma lógica da descoberta.

No que tange a Análise Econômica do Direito (AED), segundo Posner (2011), ela somente passou a ter uma estrutura científica entre os anos de 1958 e 1973, quando da publicação, respectivamente, da Revista da AED e do livro de sua autoria denominado *Economic Analysis of Law*, no qual os estudos eram concentrados na área concorrencial, criminal e alguns outros ramos do Direito. A obra *Economic Analysis of Law* constrói-se em torno de uma premissa eminentemente histórica: “a hipótese de que a *Common Law* tenha evoluído nos Estados Unidos no sentido de prover regras eficientes à sociedade americana” (SALAMA, 2008, p. 4).

O livro *Economic Analysis of Law* é uma obra cujo objetivo principal é a tentativa de sistematização do Direito estadunidense a partir de uma análise microeconômica. Como aponta Salama (2008, p. 4):

O ponto de partida consistiu em identificar o que lhe pareciam ser as três forças motrizes da *Common Law*. Primeiro, o direito de propriedade, que da ótica econômica se ocuparia de criar e definir os “direitos de exclusividade” sobre recursos escassos. Segundo, o direito contratual/obrigacional, que se ocuparia de facilitar os intercâmbios voluntários de “direitos de exclusividade”. Da ótica econômica, a transferência de tais direitos para os indivíduos com maior disposição de pagar permitiria a geração de valor. Terceiro, o direito de responsabilização civil, tomado em sentido amplo. Este, da ótica econômica, ocupar-se-ia de proteger os “direitos de exclusividade”, inclusive o direito de exclusividade sobre o próprio corpo. Tomados em conjuntos, essas três forças motrizes forneceriam o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

O livro descreve a formação do Sistema de Jurisdição do *Common Law* e como ela pode ser entendida pelos juízes para tornar as normas mais eficientes. Na visão do jurista estadunidense, “a hipótese da evolução da *Common Law* americana no sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema social de alguma forma voltado à maximização da riqueza da sociedade” (SALAMA, 2008, p. 4). Para Posner (1973), muitas das doutrinas e das instituições do sistema jurídico estadunidense podem ser compreendidas e melhor explicadas como esforços para promover a alocação eficiente de recursos.

A partir dessas premissas, Posner propõe uma teoria jurídica que, com o passar do tempo, combina um método de análise econômica, uma ética liberal e uma filosofia pragmática. No que se refere ao primeiro aspecto, como esclarece Faralli (2006, p. 35-36), “os fundamentos do método de análise econômica são a identificação dos efeitos e o uso, no âmbito jurídico, de importantes instrumentos extraídos da microeconomia”. Em relação ao segundo aspecto, a teoria adota o princípio da máxima liberdade, de Mill, segundo o qual “não cabe ao Estado punir ou reprimir as ideias pessoais ou os comportamentos que não causem danos a terceiros” (FARALLI, 2006, p. 35), bem como garanta igualdade de oportunidades. No que diz respeito ao último aspecto, o movimento teórico assume uma postura instrumentalista, afirmando a necessidade de evitar o recurso a noções metafísicas e abstratas para enfrentar problemas jurídicos, assim como de “privilegiar a análise das possíveis soluções com base nas consequências previsíveis e nos possíveis efeitos que elas têm a curto e longo prazo” (FARALLI, 2006, p. 35).

Nesse contexto, uma eficiência alocativa requer que a propriedade possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível. Um ato cometido sob coação, por exemplo, além de ilegal e injusto, é ineficiente, por violar a autonomia, a liberdade e a igualdade de oportunidades. Além disso, o motivo de se negar efeitos aos atos sob coação está, segundo Posner (1973), no fato de que o reconhecimento desses atos tenderia a reduzir o produto ou a riqueza social, pois incentivaria tanto a realização de ameaças físicas pelos coatores como prática usual de negócios quanto o investimento em defesa dessas ameaças pelas eventuais vítimas. Na visão de Posner, “a coação funciona como um monopólio situacional” (SALAMA, 2008, p. 5).

Em síntese, a teoria moral, apresentada por Posner, é fortemente ligada à eficiência. Nessa senda, o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização da riqueza social. A maximização da riqueza se dá por meio de alocações de

bens e recursos com alto grau de liberdade e autonomia, promovendo a transferência de bens para pessoas que valorizam mais sua propriedade.

Contudo, na metade dos anos 1980, notando que o movimento estava recebendo muitas críticas por reproduzir um formalismo interdisciplinar voltado preferencialmente para soluções eficientes, integrando ao Direito uma forte influência da Economia, os estudos da AED<sup>22</sup> se voltaram para problemas relacionados ao bem-estar social, sustentando que o Direito podia ser compreendido como um sistema de comportamento racional, ora voltado para a eficiência, ora para outros valores, mas sempre por razões pragmáticas. Com isso, a Análise Econômica do Direito deixa de ser fundacional<sup>23</sup> e passa a ser pragmática. Era a denominada virada pragmática, da qual Posner foi o principal expoente.

O Pragmatismo Jurídico, defendido pelo jurista da Universidade de Chicago, desde então, é uma combinação de Análise Econômica do Direito, Realismo Jurídico, Pragmatismo Clássico e Neopragmatismo, de tal forma que se percebe nuance desses movimentos filosóficos em sua teoria. Ao se filiar ao Pragmatismo Jurídico, Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o Direito.

Conforme leciona o próprio Posner (2009), não há um conceito canônico de Pragmatismo. Ele o define como uma abordagem prática e instrumental e não essencialista: “interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não, por aquilo que ‘realmente’ é” (POSNER, 2009, p. 4). Portanto, o Pragmatismo “olha para a frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro” (POSNER, 2009, p. 4).

O Pragmatismo confunde-se com a tradição estadunidense e pode ser identificado como a única corrente genuína de pensamento que se desenvolveu nos Estados Unidos da América. A teoria pragmática não se preocupa com o que as pessoas pensam, mas como pessoas acham que pensam (MENAND, 1997, p. xi). Desenvolveu-se a partir de alguns ensaios clássicos, de autoria de Charles Sanders Peirce, de William James, de John Dewey e de Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte estadunidense, precursor do Realismo Jurídico e representante do Pragmatismo no ambiente forense.

---

<sup>22</sup> O estudo da Análise Econômica do Direito, segundo Dias (2009), procura propor a interdisciplinaridade evidente na utilização dos recursos teóricos da economia no pensamento jurídico. Nesse sentido, busca oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre as normas jurídicas que alcancem soluções jurídicas racionalmente eficientes.

<sup>23</sup> O uso da expressão fundacional está no sentido da eficiência servir como fundamento para o Direito. Essa compreensão era típica do período de fundação dos estudos da Análise Econômica do Direito por Richard Posner. Na visão de Salama (2010, p. 36), a versão fundacional da AED considera que o direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza.

O Pragmatismo Jurídico propõe que se conduzam o pensamento e a reflexão filosófica para problemas práticos e contingenciais, típicos da existência cotidiana. O pensamento deve servir para algum propósito, para alguma coisa. Abandona-se a metafísica, relativiza-se a verdade, que também deve servir a alguma finalidade. De tal modo, não se pode esperar uma prova absoluta de nada. Todas nossas decisões são apostas em relação ao que o universo é hoje, e como será amanhã (MENAND, 1997).

A realidade é concepção que informa todo o pensamento pragmático. Busca-se uma metodologia que possibilite tornar as ideias claras e objetivas. De tal modo, a única serventia da lógica (tão criticada pelo Pragmatismo) seria propiciar pensamento cristalino. A metafísica é tema mais curioso do que útil, cujo conhecimento presta-se tão somente a oxigenar uma investigação preciosista, que não leva a lugar nenhum (GODOY, 2005).

São três as características fundamentais que definem o Pragmatismo Jurídico: contextualismo, consequencialismo e anti-fundacionalismo. O contextualismo implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O consequencialismo, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. E, por fim, o anti-fundacionalismo consiste na rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento (GODOY, 2005).

O Pragmatismo não é meramente uma Teoria do Direito, mas sim uma teoria sobre como usar teoria. Ou melhor, o Pragmatismo é uma teoria sobre a atividade judicial. Pensar o Direito sob a ótica pragmatista, implica compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o Direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes.

O Realismo Jurídico vincula-se ao pragmatismo, proclamando concepção instrumentalista e funcionalista do Direito, indicando o caráter indeterminado das normas jurídicas, admitindo a decisão forense como o resultado de intuições e idiosincrasias dos magistrados. O direito seria o que as cortes dizem que ele é.

O Pragmatismo Jurídico (ou Adjudicativo<sup>24</sup>) sustenta, em síntese, que os tribunais devem se basear em regras de cunho procedimental, com fins de solucionar os litígios nas

---

<sup>24</sup> A expressão “pragmatismo adjudicativo” vem da terminologia “adjudicação judicial”. No presente trabalho, ela possui um significado diferente do conhecido pelo Direito Civil no sistema jurídico brasileiro. Enquanto no Direito Civil pátrio o termo “adjudicação” é entendido como o ato judicial que tem por objetivo a transmissão da propriedade de uma determinada coisa de uma pessoa para outra, no Direito Processual estadunidense o termo *adjudication* representa um processo judicial no qual o juiz ou outro tomador de decisões avalia as evidências e

áreas jurídicas com a maior eficiência. No livro *How judges Thinks*, Posner (2008, p. 40) ressalta a importância do pragmatismo dos juízes por ocasião das decisões judiciais:

“Pragmatism”, in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now, it is enough to note that the work refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. (...) In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statute or of a case, or more generally on a preexisting rule<sup>25</sup>.

Por esse prisma, é preferível que a decisão judicial se baseie nos seus efeitos que na interpretação de um fato ou de um caso anterior ou, mais genericamente, em uma regra preexistente. Aplicado ao Direito, o pragmatismo jurídico trata a decisão judicial, segundo os precedentes, como uma diretriz e não como um dever. Ao enfatizar a prática, o olhar adiante e as consequências, o pragmatismo jurídico de Posner revela-se empírico.

Reconhecidas todas essas premissas, Posner propõe que, ao abordar os problemas jurídicos, levem-se em conta os efeitos das soluções propostas – a curto e a longo prazo, seja para os indivíduos, seja para o sistema – através de pesquisas empíricas sobre os custos/benefícios e do critério de racionalidade meios/fins (FARALLI, 2006, p. 36).

Apesar de muitas ideias de Posner terem sido reformulados durante o desenvolvimento de sua teoria, ele enfatiza a possibilidade pragmática de atuação do juiz enquanto legislador ocasional nos casos difíceis. Além disso, Posner rejeita a filosofia como método para a busca de unidade e da ordem, admitindo que qualquer método teórico o qual conduza a uma investigação empírica razoável será mais bem avaliada sob o ponto de vista do seu Pragmatismo Jurídico.

Posner (2007a), na obra *Problemas de Filosofia do Direito*, buscou, na tese de Dworkin, segundo a qual toda questão jurídica tem uma resposta certa, o contrapeso para sua própria teoria pragmática, de que nem todas as questões jurídicas têm respostas corretas e de que há uma área de indeterminabilidade do Direito. Apesar de conceber seu conceito de Direito como atividade que exige profissionalismo convergente com o de Dworkin, dele se

---

argumentos das partes e litigantes e, por meio delas, alcança uma decisão que determina direitos e obrigações às partes envolvidas. “Adjudicação” no sentido utilizado neste trabalho, portanto, está mais relacionado ao processo de tomada de decisão.

<sup>25</sup> "Pragmatismo", no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, vai exigir definição cuidadosa. Mas, por enquanto, é suficiente observar que o trabalho refere-se a basear julgamentos (legais ou não) sobre as consequências, em vez de dedução a partir de premissas na forma de um silogismo. (...) No Direito, o pragmatismo refere-se que basear uma decisão judicial sobre os efeitos da decisão é mais susceptível do que sobre a linguagem de um fato ou de um caso ou, mais genericamente, sobre uma norma preexistente (Tradução livre).

distancia quando permite que os argumentos de princípios sejam afastados por argumentos de políticas.

Na visão de Posner (2007a), o juiz de um caso difícil – caso que esteja no âmbito da indeterminação do Direito – é mais um formulador de políticas públicas do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é um legislador ordinário. Contudo, dentro dessa esfera de liberdade, o juiz deve julgar com razoabilidade.

As circunstâncias que determinam a razoabilidade, segundo Posner (2007a, p. 175), são “os termos da lei, os precedentes e todos os materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes providenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e a conveniência da estabilidade no Direito”.

Em relação à questão do respeito aos precedentes, como explica Arruda (2011), o professor de Chicago considera sólida a concepção interpretativa de Dworkin do Direito como um romance em cadeia, mas, ao mesmo tempo, sustenta que, no Direito, há modificação dos capítulos anteriores, “sendo certo que a deferência a esses capítulos depende do mérito intrínseco daquilo que foi decidido anteriormente” (ARRUDA, 2011, p. 177).

No livro *How Judges Think*, Posner (2008, p. 85) sustenta que, para o juiz, julgar é estar consciente de liberdades e de constrangimentos: liberdade, porque fazer um julgamento é fazer uma escolha; constrangimento, porque o julgamento é uma questão de deliberação de alternativas a serem sopesadas. Com essa visão de razoabilidade, o autor pretende estreitar a relação existente durante a fundamentação da decisão judicial entre o raciocínio prático sobre as questões de fato e o raciocínio jurídico sobre as questões de Direito.

Os juízes pragmáticos, assevera Posner (2007a), ao decidirem seus casos, são encarregados de criar o Direito, prevendo as consequências de suas decisões:

(...) ao decidirem seus casos –, os juízes “criam a teoria do direito”, de modo que o direito é o que os juízes fazem, e também as previsões daquilo que farão. Não há contradição, uma vez que a teoria da previsão seja classificada de acordo com uma mais ampla teoria do direito como atividade. O importante é que o direito é algo que autorizou pessoas, em especial juízes, advogados e legisladores, a fazer, e não uma caixa cuja tampa abrem quando surge uma questão jurídica, na esperança de encontrar uma resposta dentro dela – convidando, assim, ao debate sobre a questão de a caixa incluir apenas regras, ou regras mais princípios, ou regras, princípios e diretrizes para políticas públicas, ou talvez toda a moralidade política (POSNER, 2007a, p. 301).

A ideia de que os juízes agem apropriadamente quando julgam, atentando para as consequências práticas de suas decisões, é bem razoável, não apenas do ponto de vista

estratégico, mas também histórico, uma vez que os juízes ainda podem considerar as consequências práticas de decisões judiciais tomadas no passado, ao menos em algumas circunstâncias.

Segundo Green (2010, p. 646), há muitos precedentes que autorizam juízes a considerar o resultado de suas decisões:

(...) Posner's book repeatedly claims that judges act properly when they consider a decision's practical consequences. A principal reason to agree with this conclusion is the historical claim – learned in law school if nowhere else – that many judges have considered practical consequences in the past. Phrased differently, there are ample legalist precedents that authorize judges to consider their decisions' results, at least in some circumstances and to some degree<sup>26</sup>.

Com esse raciocínio, Posner (2007a) entende que o juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública e para a sociedade.

O processo de raciocínio, impregnado de diretrizes políticas, é racional e não arbitrário, sendo mais passível de excluir alguns resultados do que de gerar uma resposta única para a solução do caso judicial. Sua concepção pragmática lhe permite ir buscar os insumos necessários, como meio instrumental, a decisão judicial, tanto nas teorias do Direito, quanto em outras ciências sociais, desde que, a partir delas, seja possível visualizar as consequências da questão jurídica posta em litígio, cabendo ao juiz evitar as externalidades negativas que gerem custos à sociedade, “reconhecendo, portanto, as positivas por trazer benefícios à coletividade” (PEREIRA, 2015, p. 285).

A externalidade pode ser definida da seguinte forma:

(...) Por externalidade, referimo-nos aos custos ou benefício que as atividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços: se a atividade impõe custos, diz-se que produz uma externalidade negativa; se impõe benefícios, que produz uma externalidade positiva (RODRIGUES, 2007, p. 41-42).

Essa é a lógica do Pragmatismo Jurídico como teoria da decisão judicial. O juiz pragmático utiliza a investigação exata (o silogismo, a lógica, a investigação científica) e a

---

<sup>26</sup> (...) O livro de Posner afirma repetidamente que os juízes agem corretamente quando eles consideram consequências práticas de uma decisão. A principal razão para concordar com esta conclusão é a reivindicação histórica - aprendida na faculdade de direito ou em outro lugar – de que muitos juízes têm considerado consequências práticas no passado. Dito de forma diferente, existem amplos precedentes legalistas que autorizam juízes a considerar os resultados de suas decisões, pelo menos em algumas circunstâncias e em algum grau.

razão prática como instrumentos metodológicos para alcançar a objetividade ou a convicção próxima da realidade dos fatos.

A visão do Direito, apresentadas por meio das concepções pragmáticas de Posner, como consequências da decisão judicial para o futuro, não lhe abstrai de sua construção teórica a noção de que os insumos necessários para se chegar aos fins almejados podem ser encontrados tanto nos princípios quanto nas regras jurídicas.

A perspectiva pragmática posneriana não pressupõe que o juiz tenha desinteresse pela jurisprudência, pela legislação e outras fontes tradicionais do direito, mas sim que o juiz pragmático possui outras prioridades. Ele encara a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: a) como fontes de informação potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e b) como marcos que ele deve ter o cuidado de não desconsiderar nem obscurecer gratuitamente, eis que as pessoas e os juristas os tomam como pontos de referência (FELIPE, 2014).

Daí extrair que apesar do respeito do juiz pragmático pelas fontes usuais do direito, ele não se limita a ela, recorrendo também, e dando grande valor, “a fontes que tenham relação direta com a sabedoria da norma que se pede que ele confirme ou modifique” (POSNER, 2012, p. 382).

## 2.2 A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin é reconhecidamente o maior expoente contemporâneo da Filosofia do Direito anglo-americana, cuja contribuição está no desenvolvimento de uma Teoria do Direito sólida e consistente, a Teoria do Direito como Integridade (ou Interpretativismo Jurídico), que permite ao juiz interpretar o Direito a partir de suas próprias responsabilidades morais e éticas. Na opinião de Garcia Figueroa (1998, p. 127), “a filosofia jurídica de Dworkin é uma das mais influentes nos atuais debates jusfilosóficos”.

Os primeiros artigos escritos por Dworkin, a maioria como resenhas críticas, foram publicadas entre os anos de 1963 e 1965 e trataram de questões jurídicas que serviram de base para o desenvolvimento de teses como discricionariedade judicial, relação entre direito e moral, moralidade política e democracia.

Durante sua trajetória acadêmica, Dworkin debateu temas polêmicos com vários filósofos jurídicos e políticos. No início de sua carreira, na década de 1960 e 1970, ele fez uma profunda crítica ao Positivismo Jurídico defendido por Hebert Hart, instaurando um amplo debate sobre temas como discricionariedade judicial e distinção entre regras e princípios. Na década de 1980, Dworkin instaurou um instigante embate com os fundadores

da Análise Econômica do Direito, Guido Calabresi e Richard Posner, sobre o uso da maximização da riqueza social e a eficiência nas decisões judiciais. Consolidando sua Teoria do Direito como Integridade, em 1986, foi publicada sua grande obra *Império do Direito*.

Estruturada sua teoria jurídica, Dworkin passou a se dedicar à filosofia política e moral. O conceito de igualdade e seu papel dentro do liberalismo passaram a ser objetos de estudos mais aprofundados nessa época. No fim dos anos 1990, Dworkin lançou o livro *Virtude Soberana: A Teoria e Prática da Igualdade*, no qual defende o direito de todos à igualdade de consideração e respeito. A obra, que eleva a igualdade como virtude soberana de uma comunidade, estabelece os principais pilares da filosofia política de Dworkin, que rejeita e supera alguns aspectos do Liberalismo de Princípios, de John Rawls, do Utilitarismo, de Stuart Mill, e do Pluralismo de Valores, de Isaiah Berlin.

Na década de 2000, Dworkin debateu sobre o Pragmatismo Jurídico com Richard Rorty e Stanley Fish e sobre as versões atuais do Positivismo Jurídico: o positivismo inclusivo, com Jules Coleman, e o positivismo exclusivo, com Joseph Raz. Em 2011, Dworkin publicou sua última obra, *Justiça para Ouriços*, um livro que reúne filosofia política, jurídica e moral a respeito de valores caros à sociedade contemporânea, defendendo a tese de que há uma unidade e não pluralidade de valores.

Feita essa breve síntese da extensa biografia de Dworkin, que foi um dos grandes filósofos dos séculos XX e XXI, passa-se à abordagem de como se desenvolveu a sua teoria jurídica e como, a partir dela, ele passou a contestar a eficiência como fundamento ético e moral da decisão judicial.

No famoso artigo *O Modelo das Regras*<sup>27</sup>, que deu início à construção de sua teoria, Dworkin (2002, p. 35) fez um “ataque geral contra o positivismo”, na versão de Herbert Hart, propondo a famosa distinção entre princípios, que são aplicados de acordo com seu peso, e regras, as quais são aplicadas da forma “tudo ou nada”, a partir de um “teste de *pedigree*”.

Após analisar algumas correntes do Positivismo Jurídico, o jurista estadunidense argumenta, de forma enfática, que “o positivismo jurídico é um modelo de e para um sistema de regras” (DWORKIN, 2002, p. 36), e sustenta que “sua única noção central de um único teste fundamental para o Direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (DWORKIN, 2002, p. 36). Tais padrões jurídicos seriam os princípios, as políticas e outros tipos de padrões.

---

<sup>27</sup> A obra foi publicada originalmente, em 1967, na *University of Chicago Law Review*, N. 35, p. 14-46. Republicado em 1978, como segundo capítulo do livro *Levando os direitos a sério*.

No livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin (2002), ao tratar dos casos difíceis<sup>28</sup>, enfatiza que, dentro de um processo judicial, mesmo quando nenhuma regra regular o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). Para ele, o Direito é uma prática social argumentativa fundada em princípios de moralidade política (DWORKIN, 1999).

O autor afirma que os juízes não podem legislar nem criar direito novo, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Na visão do teórico estadunidense, a correção de qualquer decisão judicial depende da correta interpretação dos princípios pertinentes ao caso.

Essa compreensão só é possível quando se percebe uma distinção fundamental na teoria política entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro. Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Dworkin (2002) defende a tese de que as decisões judiciais, nos casos difíceis são e devem ser de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas. Segundo ele, o argumento de princípio resiste à crítica de originalidade judicial, pois estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito, permitindo ao juiz, que não é pressionado pelas demandas da maioria política, avaliar o argumento em uma melhor posição. Além disso, o argumento de princípio resiste à crítica segundo a qual o juiz, quando cria uma nova lei, pune a parte perdedora, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim, por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Para o autor, se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. “Se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio de uma publicação em uma lei” (DWORKIN, 2002, p. 135).

---

<sup>28</sup> A expressão “casos difíceis” (*hard cases*) foi adotada por Dworkin, na obra *Hard Cases*, publicada pela Harvard Law Review, em 1975. Neste trabalho, ele pretendia refutar a tese hartiana sobre a discricionariedade judicial na trama ou textura aberta do Direito. Contudo, como se pretende demonstrar neste ensaio, a expressão “casos difíceis” é obviamente problemática, pois não parece haver uma tipologia única para identificar quais casos seriam difíceis e quais não seriam.

O jurista estadunidense fundamenta suas considerações sustentando que, diversamente do caso dos argumentos de política, os princípios exigem uma “consistência distributiva” a todos os casos, dado que não admitem, sem argumento de coerência, a distribuição desigual de algum benefício. O caso de defesa do aborto é esclarecedor nesse sentido:

Suponhamos que um deputado ou senador vote contra o aborto com base na crença de que a vida humana é sagrada em todas as suas formas, mas que em seguida vote favoravelmente a uma lei que permite que os pais de bebês com malformações interrompam o tratamento médico que poderia mantê-los vivos. O congressista em questão poderia alegar que percebe uma diferença entre os dois casos, mas o princípio da responsabilidade estritamente aplicado não lhe permitirá esses dois votos, a menos que ele possa incorporar essa diferença em alguma teoria política geral que ele professe com sinceridade (DWORKIN, 2002, p. 137).

Nesse aspecto, um argumento de princípio pode oferecer uma fundamentação para uma decisão particular em um caso concreto, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em casos hipotéticos.

Tal argumento, para ele, não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política. O uso de argumentos de princípio exige do juiz coerência, não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio, mas também na aplicação do princípio que tomou por base<sup>29</sup>.

Os argumentos de princípio, na visão de Dworkin, são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os de política são aqueles destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Para ele, há uma distinção entre direitos e metas. Contudo, reconhece teses que relacionam direitos e metas, como a teoria de utilitarismo de regras a qual sustenta que a força de um direito depende de seu poder de promover alguma meta coletiva.

Uma teoria política poderia, por exemplo, estipular o direito à liberdade de expressão com base na hipótese de que a aceitação desse direito pelos tribunais e por outras instituições políticas viesse a promover, a longo prazo, uma maior utilidade média para os membros da comunidade.

---

<sup>29</sup> Apesar de seu posicionamento contrário ao uso de argumentos de política para justificar uma decisão judicial não ter se alterado ao longo de sua obra, é possível constatar que sofreu um refinamento a partir da obra *Império do Direito*. Segundo Dworkin (1999), o Direito insiste que a força pública não deve ser usada ou refreada para os fins que se destina, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força. Neste cenário, pode-se compreender que Dworkin admite ser possível que uma decisão baseada em argumento de política, inicialmente tomada pelo Poder Público, visando à determinada meta, influencie na decisão judicial.

Ao examinar a relação entre economia e princípios, Dworkin (2002, p. 151) sustenta que, em seu aspecto descritivo, a tese dos direitos afirma que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, não por políticas. Em resposta à Análise Econômica do Direito, a qual sustenta que os juízes quase sempre decidem com base em políticas e não em princípios, Dworkin contesta dois argumentos da AED: 1) o argumento de que quase todas as regras desenvolvidas por juízes em matérias tão díspares como ilícito civil, contrato e propriedade atendem ao objetivo coletivo de tornar as alocações de recursos mais eficientes; 2) o argumento de que, em certos casos, os juízes fundamentam suas decisões explicitamente na política econômica. Para ele, nenhuma dessas afirmações subverte a tese dos direitos baseada no argumento de princípios (DWORKIN, 2002, p. 151).

Para ele, a primeira afirmação não faz referência alguma às intenções dos juízes, que decidiram os casos por meio do estabelecimento de regras as quais aumentam a eficiência. Segundo Dworkin (2002), ela não pressupõe que esses juízes estavam conscientes do valor econômico de suas regras ou que teriam reconhecido esse valor como um argumento favorável a suas decisões. Para ele, a base das decisões foi baseada em equidade, e não em utilidade.

Dworkin (2002) relata que Posner, ao contrário, defende essa afirmação ao pressupor uma concepção particular da alocação eficiente de recursos que ocorre quando o bem-estar da comunidade é maximizado toda vez que determinado recurso está nas mãos de alguém o qual pagaria mais do que qualquer outro para possuí-lo.

Em relação a essa afirmação, Dworkin sustenta que, mesmo quando os juízes se referem explicitamente à política econômica em alguns casos, tais argumentos partem de princípios abstratos concorrentes. Ele cita o exemplo de caso de negligência:

(...) se um homem estiver se afogando e outro puder salvá-lo com um risco insignificante para si mesmo, o primeiro tem um direito moral a ser salvo pelo segundo. Tal proposição poderia ser facilmente colocada em termos econômicos: se a utilidade coletiva de ambos for grandemente incrementada graças a um salvamento, e seu salvador tiver o dever de salvá-lo. (...) Sem dúvida, se a tese dos direitos for bem fundamentada, nenhum juiz poderá apelar a essa proposição jurídica, a menos que ele acredite que o princípio do respeito mínimo enuncia um direito jurídico abstrato; se apelar, poderá montar seu argumento de acordo com uma fórmula econômica sem que, com isso, transforme seu argumento de princípio em argumento de política (DWORKIN, 2002, p. 155).

A tese dos direitos de Dworkin estabelece que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos, mas os direitos concretos devem ser institucionais e jurídicos. Nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre os conceitos

contestados. Como assinala Dworkin, eles incluem muitos dos conceitos substantivos através dos quais o direito se manifesta. Também se incluem aí dois conceitos de muito maior relevância. O primeiro é a ideia de propósito de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. O segundo é o conceito de princípios que está subjacente ou inscrito às regras positivas do Direito. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política de que casos semelhantes devem ser decididos de maneira semelhante, e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer (SGARBI, 2009).

Os conceitos de intenção legislativa e os princípios do Direito costumeiro, ao autor, são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos. Na defesa da tese de haver uma resposta certa para os casos difíceis fundados em um direito, ele cria um personagem fictício chamado Hércules, que, segundo Dworkin (2002, p. 165), é “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, cuja tarefa é a de desenvolver, nos casos concretos, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem para solucioná-los.

A tarefa de Hércules, para não incidir no problema de criar direito pela discricionariedade judicial como ocorre com os juízes positivistas, é a de encontrar princípios aplicáveis que façam parte do Direito vigente, expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade.

No caso dos precedentes judiciais, por exemplo, Dworkin enfatiza que a força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Nesse sentido, o juiz extrairá algumas conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A maior delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Afirma Dworkin que, se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma, uma vez que seu valor estaria restrito à sua força de promulgação, por alguns termos específicos do precedente.

O professor estadunidense entende que um juiz hercúleo deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do Direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (SGARBI, 2009).

Para Dworkin (2002, p. 184), o juiz Hércules não seguirá teorias clássicas da decisão judicial, que supõem que um juiz segue as leis ou os precedentes até que a clareza de orientação dos últimos deixe claro que ele tem liberdade para agir por sua própria conta. “Sua teoria diz respeito ao que a lei ou o precedente exigem, embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas” (DWORKIN, 2002, p. 184).

À vista disso, enfatiza que um juiz hercúleo deve tratar os casos que recebe com uma “teia inconsútil”, a qual não apresenta emendas nem costuras. Para o jurista estadunidense, o juiz deve decidir sem criar fendas ou interromper o fio argumentativo. Essa ideia foi aprimorada para a de interpretação construtiva à semelhança da interpretação literária, por meio da tese do “romance em cadeia”. Com a obra *O Império do Direito*, sua teoria evoluiu da “fenomenologia da jurisdição” para compreender o Direito como uma prática social argumentativa fundada em princípios de moralidade política.

Na busca de princípios que pudessem oferecer melhor justificativa para a decisão, Dworkin (1999) propôs que a integridade fosse reconhecida como ideal político independente, diverso tanto da equidade – que lida com os aspectos de organização do processo político –, quanto da justiça – que trata dos resultados desse processo político. “A integridade exige que as instituições estatais atuem sempre de modo coerente com os princípios de moralidade política que justificam suas ações” (MAUÉS, 2012, p. 605), de modo que o Estado possa fundamentar suas decisões em interpretações desses princípios.

A partir de um modelo de comunidade de princípios, Dworkin afirma que a comunidade política requer que seus membros compartilhem princípios comuns e não apenas regras. Nessa concepção, os membros da comunidade passam a considerar que seus direitos não decorrem apenas de decisões particulares tomadas por instituições, mas também de esquema de princípios pressuposto por essas decisões, o que implica o reconhecimento da existência de direitos e deveres não positivados. Para o autor, somente este modelo de comunidade é capaz de lidar com o pluralismo moral e político da sociedade, em que pessoas divergem sobre critérios de justiça e equidade.

Por isso, o jurista estadunidense entende que a integridade não deve ser confundida com a consistência (*consistency*), que significa simplesmente julgar igualmente os casos iguais, a partir das regras, como defendem os positivistas (DWORKIN, 1999, p. 263-364). A consistência, na visão do autor, exige que as instituições repitam suas decisões políticas passadas, enquanto a integridade estabelece que os padrões normativos da comunidade sejam

constantemente compreendidos de forma a expressar um esquema coerente de justiça e equidade.

No campo da jurisdição, a integridade opera de forma semelhante à metáfora do romance em cadeia, em que as decisões judiciais devem se ajustar aos precedentes (capítulos anteriores do romance), mas também “deve oferecer a melhor justificativa para o uso do poder coercitivo, a fim de continuar desenvolvendo a história do Direito da comunidade de modo compatível com os princípios que a regem” (MAUÉS, 2012, p. 609). Nesta senda, enquanto na interpretação formal dos precedentes, o juiz deve investigar se a decisão corresponde àquelas tomadas em casos semelhantes, na interpretação substantiva, ele deve buscar quais os princípios de justiça e equidade podem justificar melhor a decisão.

A concepção da integridade, portanto, recomenda ao julgador interpretar os precedentes, buscando os princípios morais e jurídicos que os fundamentam, a fim de escolher quais devem ser aplicados ao caso atual. Com isso, não se exige que a decisão atual seja igual, no aspecto formal, às decisões passadas. Como leciona Maués (2012, p. 609):

A integridade oferece razões para que o precedente seja mantido se não houver nenhum princípio que venha a ser violado quando de sua aplicação, da mesma forma que ela justifica a distinção entre os casos e a não aplicação do precedente em razão de um princípio cuja aplicação ao caso atual seja mais coerente com o conjunto do sistema jurídico do que a aplicação do princípio pressuposto nos casos anteriores.

Assim sendo, levar os direitos a sério, para o jurista estadunidense, significa não perder de vista que os direitos individuais são direitos jurídicos preexistentes e que a decisão judicial, mesmo em casos difíceis, deve ser voltada à realização desses direitos, como pressuposto da dignidade da pessoa humana e da igualdade política (DWORKIN, 2002).

Segundo a teoria dworkiniana, um juiz, ao julgar casos difíceis, sempre estará vinculado à norma jurídica, não havendo espaço para discricionariedade. Essa vinculação à norma jurídica decorre do fato de que, quando o caso controverso não for abarcado por uma regra jurídica clara, o juiz, através de um método de interpretação construtivo, deve encontrar e ponderar quais princípios jurídicos podem ser aplicados ao caso.

Tal concepção de Dworkin diverge da compreensão de Posner sobre a decisão judicial de casos complexos. Como se verá a seguir, o jurista estadunidense sustenta que o juiz pode agir com a discricionariedade necessária, utilizando-se não somente de argumentos de regras e princípios, como também de argumentos de política para decisão desses casos.

### 2.3 A EFICIÊNCIA COMO AXIOMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Posner compreende que o Direito e a Economia estão interligados por razão mercadológica, não monetária, a partir do momento em que os juízes, ao decidirem os casos difíceis, formulam políticas públicas (*policies*).

Como já abordado em seção anterior, a evolução do sistema do *Common Law* norte-americano, no sentido da eficiência, é, para o professor de Chicago, a expressão jurídica de um sistema social voltado para a maximização da riqueza da sociedade. Essa é, na visão de Salama (2010, p. 36), a versão fundacional da Análise Econômica do Direito. A ideia central dessa versão é que “o direito, visto como um sistema de incentivos, indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza” (SALAMA, 2010, p. 36).

A riqueza, a que se refere Posner quando aborda a maximização da riqueza, diz respeito à somatória de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados pelos preços de procura e pelos preços de oferta. Trata-se de uma manifesta teoria “eficientista”<sup>30</sup> do Direito. Na visão de Salama (2008, p. 6), a teoria de Posner se resume à ideia de que o critério, para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas, é a maximização da riqueza da sociedade.

Essa abordagem econômica do Direito, na visão do jurista de Chicago, traz a ideia de eficiência – a partir da relação de custo e benefício – e de como esse fundamento deve influenciar, ou pelo menos deveria, os juízes como formuladores de políticas públicas. É no caso difícil, afirma Posner (2007a), que o juiz decidirá a questão litigiosa como um verdadeiro formulador de políticas públicas.

Ele esclarece que Dworkin não concebe totalmente o juiz como formulador de políticas públicas, já que, necessariamente, estaria utilizando argumentos de política, o que foge à sua compreensão de Direito como integridade, pois como pensar e validar o Direito nessas decisões, sem uma cadeia de precedentes e sem princípios que compõem o sistema jurídico.

[...] Em termos gerais, ele argumenta que o juiz tenta obter o melhor resultado a partir dos diferentes materiais que tem em mãos, materiais que incluem não apenas os precedentes, a linguagem legal e outros materiais especificamente “jurídicos”, mas também elementos de moralidade política. Esse é um retrato preciso do juiz norte-americano, e concordo com Dworkin quanto ao fato de o juiz assim representado não ser um juiz juridicamente ilegítimo. Mas não aceito que o juiz se torne juridicamente ilegítimo quando permite que direitos baseados em “princípios” sejam superados por “políticas públicas”, contexto no qual Dworkin define “política pública” como objetivo coletivo.

<sup>30</sup> Expressão usada por Bruno Salama (2009) para descrever a teoria econômica do Direito pregada por Richard Posner, principalmente, nos primeiros livros *Análise Econômica do Direito* e *A Economia da Justiça*.

Muitos objetivos coletivos, desde a sobrevivência nacional até a prosperidade e o seguro social, passando pela ordem pública, não são menos profundamente interligados à trama de nossa moralidade política do que os princípios que afirmam que devemos tratar igualmente os iguais e que nenhuma pessoa deve valer-se de sua própria torpeza. Fazer distinção entre diretrizes para políticas públicas e princípios e associar os direitos a estes, mas não àqueles, é arbitrário. Não há fundamento para excluir os objetivos coletivos da determinação do escopo dos direitos subjetivos (POSNER, 2007a, p. 320-321).

No livro *Economic Analyses of Law*, o professor de Chicago afirma ser o objetivo da AED a utilização de teorias e métodos empíricos da economia para resolução de conflitos jurídicos. Ele propõe que o Direito, no sistema jurídico, seja um veículo de promoção da eficiência, consagrada pela maximização da riqueza social, como critério para a solução de conflitos jurídicos (POSNER, 2007b).

A maximização da riqueza, sob este prisma, torna-se, como salientado anteriormente, uma concepção do Direito. Para Posner (2007b), o modelo de comportamento humano é o da racionalidade prática, segundo a qual cada indivíduo escolherá a ação que maximizará sua utilidade esperada, o que pode refletir uma preocupação com o bem-estar de outros.

A Análise Econômica do Direito, como vista por Posner até então, tem como pressuposto básico o fato de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações, sejam estas monetárias ou não, jurídicas ou não. Há eficiência, quando os recursos são alocados de forma a ter seu uso mais valioso. Neste contexto, a maximização da riqueza tem um viés não apenas econômico, mas também ético e jurídico.

Embora Posner distinga a tese da maximização da riqueza da concepção utilitarista de felicidade, seu sistema consequencialista e pragmático sofre críticas por se assemelhar à filosofia de Jeremy Bentham, uma vez que a análise de eficiência é, por si só, consequencialista. Posner (2007b, p. 526) argumenta que:

(...) a maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e antissocial. E uma ética de produtividade e cooperação é mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade do que seria a ética utilitarista pura.

O sistema de maximização de riqueza almeja que as instituições facilitem ou proporcionem as operações do mercado livre e, assim, maximizem o comportamento autônomo e em busca de utilidade.

Essa tese da eficiência como fundamento do Direito, defendida por Posner, sofreu muitas críticas ao longo de sua carreira acadêmica, permitindo a ele refletir sobre seus argumentos e aprimorar sua teoria, como será visto a seguir.

#### 2.4 A CRÍTICA DE RONALD DWORKIN À EFICIÊNCIA COMO VALOR

A tese da maximização de riqueza, de Richard Posner, e sua abordagem econômica do Direito foram criticadas por muitos filósofos do Direito e juristas. Dentre eles, destaca-se Ronald Dworkin, que rebate os argumentos tanto de Posner quanto de Guido Calabresi<sup>31</sup>, no artigo *A riqueza é um valor?*, sobretudo aqueles que tentam justificar a busca da maximização da riqueza e da eficiência em decisões judiciais.

A primeira crítica de Dworkin à Análise Econômica do Direito é de que a despeito da Maximização da Riqueza ser o centro tanto dos aspectos descritivos quanto normativos da teoria e da eficiência das decisões judiciais ter como parâmetro o Ótimo de Pareto<sup>32</sup>, o conceito de maximização de riqueza, usado pelos economistas do direito, não corresponde à eficiência de Pareto, pois, segundo a AED, a maximização da riqueza é alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos daqueles que valorizam mais.

Dworkin (2005), em seu livro *Uma questão de princípio*, fornece um exemplo para sustentar sua alegação. Suponha que um tribunal tenha de decidir um caso envolvendo um fabricante de doces, o qual possui uma máquina que, em razão do ruído provocado, dificulta o trabalho de um médico que tem seu consultório em um edifício adjacente. Para o jurista estadunidense, nesse caso, é inútil aplicar a teoria do ótimo de Pareto, dado que não haveria nenhuma mudança na situação jurídica das partes beneficiando uma sem prejudicar a outra. Contudo, o fundador da Teoria do Direito como Integridade reconhece ser possível aplicar ao caso a teoria da maximização da riqueza social se o juiz puder decidir o caso de modo que os bens (direito de praticar a medicina livre ou direito de fabricar doces livre de injunção) forem

---

<sup>31</sup> Guido Calabresi, professor da Escola de Direito de New Haven, é considerado um dos fundadores do movimento Análise Econômica do Direito, ao lado de Richard Posner e Ronald Coase. Ele apresenta uma versão regulatória da relação entre justiça e eficiência. Trata-se de perceber o Direito como uma fonte de regulação de atividades e, portanto, de concretização de políticas públicas. Em sua clássica obra *O Custo dos Acidentes: Uma análise jurídica e econômica*, de 1970, é possível encontrar diversos pontos em que Calabresi sustenta a tese de que nem tudo que é eficiente é justo, mas que a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de custos e benefícios (SALAMA, 2010, p. 45). Calabresi entende também que sempre que um caso não puder ser decidido por meio da subsunção imediata dos fatos à lei, a tarefa do juiz é inescapavelmente normatizante e os efeitos dessa normatização vão além das partes envolvidas no caso *sub judice*. Quando o espaço de indeterminação das normas é amplo – e situações como essa são muito frequentes – os juízes não se limitam a aplicar normas gerais a casos concretos (SALAMA, 2010, p. 45).

<sup>32</sup> Vilfredo Pareto (1848-1923), professor em Lausanne, desenvolveu uma versão da teoria econômica da concorrência perfeita chamada Ótimo de Pareto, segundo a qual, uma distribuição de recursos é eficiente se não deixar ninguém em pior situação e, pelo menos, uma pessoa em melhor situação.

distribuídos em favor da parte que “compraria o direito se este não lhe fosse atribuído e que não lhe venderia se fosse atribuído, supondo, em ambos os casos, que os custos de transação fossem zero” (DWORKIN, 2005, p. 355). Em resumo, quando os teóricos da AED buscam uma decisão judicial eficiente, não estão buscando uma eficiência segundo o ótimo de Pareto, mas sim, através da maximização da riqueza social.

A segunda e principal crítica de Dworkin à teoria de Posner é o fato da AED, em seu aspecto normativo, entender que a maximização da riqueza social é um objetivo digno a ser perseguido pelos juízes quando proferem decisões judiciais, sem deixar claro o motivo da valorização desse fim. Dworkin propõe possíveis respostas para a questão, entre elas a de que a riqueza social é um componente de valor por ser o único aspecto ou um dos aspectos em que uma sociedade pode ser ou estar melhor do que outras sociedades. Além disso, há a possibilidade de se pensar a riqueza social não como componente, mas como um instrumento de valor (DWORKIN, 2005, p. 356-357).

Ao examinar as possíveis respostas, Dworkin afirma, categoricamente, que a riqueza social não representa um componente de valor e diz que “a AED deve demonstrar o motivo para concordar com tal ideia de que uma sociedade com mais riqueza é melhor que outra com menos riqueza” (RENDEIRO, 2015, p. 115). Para isso, formula a seguinte questão de filosofia moral: as mudanças na riqueza social constituiriam de fato o aumento do valor social? Apoiado em um exemplo hipotético de transferência forçada de propriedade de um livro de uma pessoa que valoriza menos (Derek venderia o livro por \$2) para uma pessoa que valoriza mais (Amartya compraria o livro por \$3), através de ato de um tirano estatal, com menos custos de transação do que decorreria de um negócio regulado pelo mercado, Dworkin afirma que a maioria das pessoas concordaria com ele, de que a sociedade não melhoraria em nenhum aspecto com a transação forçada, apenas haveria um ganho na riqueza social. Por essa razão, Dworkin, após sofisticada análise sobre as implicações de se reconhecer a riqueza como valor ético e moral, afirma que a riqueza não só não é um componente de valor social, como também nem constitui um instrumento ou elemento que, entre outros, componha o valor social.

Como será visto a seguir, Posner vai responder a essa crítica, e o debate vai tomando contornos mais dramáticos, refinando e revitalizando as teorias dos dois juristas e permitindo refletir sobre o papel da eficiência como norma jurídica.

## 2.5 O DEBATE ENTRE POSNER E DWORKIN SOBRE O FUNDAMENTO ÉTICO E MORAL DA EFICIÊNCIA

A eficiência, como fundação ética para o Direito, é uma tese que se consolidou em uma série de artigos publicados por Richard Posner na segunda metade de 1970 e que, depois, foram consolidados no livro *A Economia da Justiça*. Neste livro, Posner voltou a defender que a avaliação das regras jurídicas deveria levar em consideração a sua capacidade de contribuir ou não para a maximização da riqueza social. Essa noção de maximização de riqueza como fundação ética do Direito faz parte de uma versão original da Análise Econômica do Direito. Em linhas gerais, o jurista de Chicago procura caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia liberal, de Kant, e a teleologia utilitarista, de Bentham.

Ao comentar a crítica de Dworkin à maximização da riqueza, Posner (2010, p. 129) assevera que o argumento dele é, na verdade, um jogo de palavras, pois define um componente de valor social como “algo digno de se ter por si mesmo”, e ninguém valoriza a riqueza por si mesma. Para o professor de Chicago, afirmar que a riqueza, por não ser um fim em si mesma não representa um valor social, é adotar uma visão excêntrica de “valor social”. Segundo ele, o argumento de Dworkin apoia-se em um exemplo que oculta o caráter instrumental da maximização da riqueza. Posner reconhece a relação da maximização da riqueza social com a utilidade, por entender que “a felicidade é um dos principais bens a que a maximização da riqueza conduz”, mas compreende que a ética da maximização da riqueza pode ser percebida como uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais (SALAMA, 2008, P. 7).

Além de responder a essa crítica dworkiniana, Posner oferece mais dois argumentos para enfatizar os fundamentos éticos e morais da maximização da riqueza. O primeiro argumento – do consentimento – considera que os indivíduos consentem antecipadamente com as regras e os princípios que serão aplicados pelos juízes para maximizar a riqueza. O segundo argumento – do interesse geral – considera que a imposição dessas regras e princípios é de interesse de todos, inclusive dos que perdem as ações judiciais. A sua tese baseia-se no consentimento implícito.

Para Posner, a maximização da riqueza tem viés ético, porque adota o consentimento. Segundo ele, “a maximização da riqueza como norma ética valoriza a utilidade (embora nem tanto quanto o faz o utilitarismo), assim como o consentimento, embora talvez menos que o próprio Kant teria valorizado” (POSNER, 2010, p. 118).

A afirmação de que o consentimento é capaz de justificar eticamente as instituições sociais maximizadoras da riqueza exige que se façam duas ressalvas, segundo Posner. Primeiro, se o impacto distributivo de uma política maximizadora de riqueza é considerável e esperado, é difícil aceitar um amplo consentimento desacompanhado de compensação real. Segundo, a distribuição inicial de direitos de propriedade pode parecer uma área fértil para a geração de conflitos entre a maximização de riqueza e o consentimento.

Como teoria de justiça, a concepção de eficiência de Posner (inspirado na ideia de compensação *ex ante* como fundamento operacional) indica que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justos, bons ou desejáveis é a maximização da riqueza da sociedade, o que “permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade” (POSNER, 2010, p. 138).

A fim de conciliar sua teoria com o utilitarismo e o liberalismo, Posner parece aproveitar alguns e rechaçar outros aspectos de cada uma dessas tradições filosóficas.

Da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção do cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição kantiana, Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso Kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica (SALAMA, 2008, p. 7).

Dworkin, no artigo *Por que a eficiência?*, publicado em 1980, e depois incluído como capítulo do livro *Uma questão de Princípio*, rebate novamente a tese da moralidade da eficiência sob esses novos argumentos de consentimento e de interesse apresentados por Posner. Para Dworkin (2005, p. 412), esses argumentos são mais complexos e mais confusos do que parecem à primeira vista.

Segundo o jurista estadunidense, como o argumento do consentimento, de Posner, depende inteiramente do consentimento implícito e como o consentimento contrafactual é irrelevante em si para justificação política, o argumento do consentimento falha totalmente. O recurso à autonomia para justificar o consentimento implícito também é fortemente criticado por Dworkin, sob alegação de que o argumento do jurista não possui uma estrutura comparável às teorias de Kant e de Rawls, para justificar que o consentimento contrafactual é mais autêntico que qualquer outra escolha a qual as pessoas poderiam ter feito, mas não fizeram. Na visão de Dworkin (2005, p. 419), Posner, claramente, quer produzir o

consentimento sob condições que se revelam não de ignorância natural, como a da posição original de Rawls, mas de ignorância forjada, o que parece ser mais artificial.

Em relação ao argumento de interesse geral, o fundador do Interpretativismo Jurídico critica o argumento por entender que nem todas as pessoas têm interesse que os juízes decidam os casos difíceis do *Common Law* aplicando as normas que maximizam a riqueza social. Dworkin cita como exemplo o custo e benefício da aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva em vez da objetiva para reduzir os custos de direção:

Mesmo as pessoas que não dirigem, observa ele (Posner), usam veículos motorizados – tomam ônibus ou viajam guiadas por outros – e, portanto, ganham com a redução dos custos de direção. Se um regime de regras de negligência, em vez de regras de responsabilidade estrita, reduzisse os custos de direção, e se quase todos viessem a beneficiar-se com essa redução, então tem-se para a negligência uma justificativa bem semelhante à de Pareto no âmbito do bem-estar. Quase todos estão em melhor situação e ninguém está em situação pior. Naturalmente, nem todos estarão em melhor situação – podemos imaginar alguém que é sempre um pedestre e nunca um passageiro –, mas “apenas um fanático” insistiria na unanimidade quando uma justificativa de Pareto está em jogo (DWORKIN, 2005, p. 420).

Como se pode observar, o fundador da teoria do Direito como integridade critica esse argumento de interesse de Posner, sob alegação de que algumas pessoas podem ser prejudicadas pela adoção do sistema de responsabilidade subjetiva como, por exemplo, o indivíduo que é atropelado por um motorista não negligente, o qual se vê obrigado a arcar com despesas médicas bem superiores à quantia economizada com custos de direção reduzido.

Posner, contudo, adverte que somente um fanático tem a pretensão de unanimidade absoluta, por isso reconhece que algumas pessoas podem ser prejudicadas com uma decisão judicial. Não obstante, para Dworkin, isso é exatamente o que exige o critério de eficiência de Pareto. “Ele insiste em que ninguém fique em pior situação e, se alguém ficar, a justificativa paretiana não é simplesmente enfraquecida; ela é destruída. Pareto é tudo ou nada, como a gravidez e a morte jurídica” (DWORKIN, 2005, p. 425). Nota-se que Dworkin (2005) critica a eficiência de Pareto e não de Maximização da Riqueza Social.

Para o fundador do Interpretativismo Jurídico, a concepção de eficiência de uma norma a partir do critério de Pareto degenera no critério utilitarista, assumindo o ônus dos defeitos conceituais e morais das teorias utilitaristas. Neste cenário, Posner não poderia “reivindicar uma justificativa paretiana genuína para decisões do *Common Law*, seja em casos controversos, seja em casos fáceis. Sua versão flexível de paretianismo não passa de utilitarismo, com defeitos e tudo” (DWORKIN, 2005, p. 425).

Após essa forte crítica aos argumentos do consentimento e do interesse defendidos por Posner como fundamentos éticos e políticos da eficiência da decisão judicial, Dworkin propõe dois outros argumentos de justiça que considera mais atraentes que os apresentados pelo fundador da Análise Econômica do Direito.

O primeiro argumento refere-se a uma meta-regra de prestação jurisdicional que ele denomina de *Alfa*. Ela estabelece que, em um caso difícil, os juízes deveriam escolher e aplicar uma determinada regra que é, no momento da decisão, do interesse antecedente da grande maioria das pessoas, embora não do interesse da parte que perde. Isso exigiria que os juízes adotassem um teste de maximização da riqueza para prestação jurisdicional, pelo menos em geral. Para Dworkin (2005, p. 427), “essa combinação da regra de interesse antecedente com *Alfa* pode dar a impressão de oferecer um argumento de equidade a favor da sentença maximizadora da riqueza (pelo menos geral) no *Common Law*”.

Com essa conclusão, Dworkin sugere que se deve demonstrar que o princípio do interesse é justo, não somente supor que é. Assim, propõe a adoção de um princípio diferente que ele denomina de *Beta*. Para Dworkin, *Beta* é uma teoria da responsabilidade social. Neste cenário, as pessoas deveriam assumir a responsabilidade por determinados custos (de acidente, por exemplo) se essa responsabilidade lhes fosse atribuída pela legislação em uma comunidade ideal em que todos atuassem e votassem com senso de justiça e igual consideração e respeito mútuos, baseados em informações públicas e confiáveis disponíveis. Dworkin, mais adiante, reconhece que “*beta* exigirá muito do que *alfa* exige”.

Para ele, “se Posner está certo a respeito da distribuição das economias de custo sob uma regra de culpa por negligência, por exemplo, tanto *alfa* como *beta* recomendarão, em certo espectro de casos, um regime de negligência, não um regime de responsabilidade estrita” (DWORKIN, 2005, p. 431).

Dworkin conclui que *Beta* não se vale do princípio do Direito antecedente como fazia *alfa*. *Beta* seria um princípio de equidade que não requereria nenhum auxílio do princípio do interesse antecedente para ser válido como argumento de equidade na prestação jurisdicional. Neste cenário, *Beta* exigiria decisões do *Common Law* que buscassem a eficiência baseada na maximização da riqueza. Se *Beta* realmente tiver essa consequência, uma justificativa kantiana da maximização da riqueza pode realmente ser possível. Com isso, a busca de Posner por uma base filosófica para sua teoria teria raízes na moralidade kantiana, baseada em ideias profundamente igualitárias.

Após essas críticas de Dworkin à concepção de maximização da riqueza e eficiência, Posner altera seu ponto de vista acerca da maximização da riqueza, deixando de entendê-la como componente de valor a ser perseguido pela sociedade e passando a compreendê-la como instrumento de valor. Com isso, sua visão passa a ser mais pragmática. A partir daí, afasta-se da tentativa de perseguir um fundamento moral e ético para eficiência e passa a focar na ideia de pragmatismo jurídico, desenvolvendo sua teoria antiteórica a partir de uma forte crítica à filosofia moral.

Embora Posner não tenha deixado claro quais críticas teriam sido mais fundamentais na sua mudança de posição, um artigo publicado recentemente oferece boas pistas. Rememorando o período de sua mudança de posição, Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin – com quem Posner mantém, até hoje, variadas divergências teóricas. Neste tributo, Posner diz o seguinte: “um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização da riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que eu evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas” (SALAMA, 2008, p. 8).

Neste cenário, o debate travado entre os dois teóricos continuou com a publicação de diversos artigos a partir de 1997, como *In Praise of Theory* (1997), de Dworkin; *Conceptions of legal “theory”*. *A response of Ronald Dworkin* (1997), de Posner e *Reply* (1997), de Dworkin. Outros artigos somam-se a esses, neste debate, até *Tribute to Ronald Dworkin – and a note on pragmatic adjudication* (2000 e 2007), de Posner.

Como dito antes, após as críticas feitas por Dworkin sobre o uso da eficiência e do critério da maximização da riqueza como fundamento da Análise Econômica do Direito, Posner passou a compreender a eficiência apenas como fundamento para avaliar a solidez das decisões judiciais a partir do critério de custo e benefício.

Em *How judges think*, Posner (2008), diz que, dado o caráter científico da análise econômica, ela poderá garantir uma boa abordagem jurídica, especialmente, nas decisões judiciais de casos difíceis. Por exemplo, a análise de custos e de benefícios pode ser considerada uma forma disciplinada para medir as consequências dos cursos alternativos das decisões, visando a produzir o maior excedente das consequências boas sobre as más (POSNER, 2008, p. 245-246).

A despeito dessa virada pragmática de Posner, sua veia econômica ainda é visível. Na versão pragmática, a análise econômica identifica as consequências das decisões judiciais, mas deixa ao juiz como sopesar essas consequências no processo decisório. Como visto anteriormente, o argumento mais forte a favor da maximização da riqueza passa a ser

pragmático: neste contexto, ela é vista de modo mais instrumental do que fundacional (POSNER, 2007, p. 520).

Essa virada pragmática, na visão de alguns comentadores, parece não ter sido muito clara. Nas palavras de Tamanaha (1996, p. 337):

It is not clear that this represents a change of position or merely a more explicit articulation. Regardless of this more explicit skepticism, however, there is no indication that Posner's substantive political position has changed, and he continues to urge efficiency standard for judicial decisions<sup>33</sup>.

O que se observa, contudo, é que na visão pragmática dele, a maximização da riqueza deixa de ser o último critério para a valoração das consequências estimadas pelo julgador, passando a ser um método útil, se ajustando “a um conceito intuitivo e flexível do direito proposto por Posner” (ARRUDA, 2011, p. 117).

Na visão de Salama (2010, p. 40), ao converter-se ao Pragmatismo Jurídico, Posner deu contornos novos para que a eficiência pudesse ser considerada útil ao Direito. Para isso, descartou tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade. Em vez disso, colocou o problema da maximização da riqueza em um contexto mais amplo de aspecto pragmático.

Em *Problemas de Filosofia do Direito*, de 1990, Posner expressamente abandonou sua defesa da maximização da riqueza como fundação ética do direito, e passou a defendê-la de modo bem mais limitado a partir de uma perspectiva pragmática. Posner observou que a teoria fundacional (por ele mesmo formulada) “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta” (SALAMA, 2010, p. 40).

Para Dworkin (1999, p. 180), o pragmatismo jurídico defendido por Posner afirma que as pessoas não têm um direito preexistente, apenas direito à decisão judicial que, ao final, revela-se a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado. A justificativa, para ele, está na justiça ou na eficiência (elemento externo ao direito), invocada por Posner na análise de custo e benefício enquanto método do Pragmatismo Jurídico.

---

<sup>33</sup> Não é claro que isto representa uma mudança de posição ou meramente uma articulação mais explícita. Independentemente desse ceticismo mais explícito, no entanto, não há nenhuma indicação de que a posição política substantiva de Posner mudou e ele continua a considerar eficiência como padrão para as decisões judiciais (tradução livre).

O jurista estadunidense compreende o Pragmatismo Jurídico com uma teoria da decisão judicial, que prescreve que os juízes devem sempre decidir os casos (difíceis ou não) sob uma perspectiva consequencialista. Para ele, Posner é um antiteórico (DWORKIN, 1997, p. 431), e a visão de ciência que ele contempla é outra mostra do mesmo (DWORKIN, 2006, p. 76).

No artigo *In praise of Theory*, Dworkin (2006) procura esclarecer o papel da teoria no raciocínio jurídico e na prática do Direito. A abordagem mais forte é aquela segundo a qual o raciocínio jurídico traz à tona uma vasta rede de princípios jurídicos ou de moralidade política que são fortes na prática jurídica. Posner critica as abordagens teóricas como experimentalmente insuficientes. Para ele, os juristas deveriam se concentrar nos problemas práticos antes de procurar teorias e perguntar qual solução poderia realmente funcionar (DWORKIN, 2006, p. 63). Por outro lado, o fundador do interpretativismo jurídico entende que, em direito e moral, particularmente, evitar questões que levam a desacordo, vendo o que funciona, não somente é de pouca ajuda, como é ininteligível (DWORKIN, 2006, p. 64-65).

O professor de Chicago não aceita essa crítica exposta por Dworkin. No artigo *Conception of Legal Theory*, Posner (1997) diz que a visão dworkiniana iguala a teoria jurídica à filosofia ao tratar da Constituição e do Sistema Jurídico estadunidense como uma estrutura integrada de princípios morais e políticos. O jurista mostra-se hostil a todos os empreendimentos teóricos que não possam guiar à investigação que ocorra por meio da experiência, o que revela seu apreço por métodos científicos como a economia e a sociologia. Neste cenário, ele se mostra um antiteórico, como revelado por Dworkin.

Quanto ao fato dos juízes precisarem de regras e padrões jurídicos para guiá-los nas decisões judiciais, Posner concorda com Dworkin, dizendo que não desconsiderou isso ao falar sobre experimentalismo. Para ele, o pragmatista “is drawn to the experimental scientist, whom (the pragmatist) urges us to emulate by asking, whenever a disagreement arises: What practical, palpable, observable difference does it make to us?”<sup>34</sup>. Essa passagem é um aviso para que juízes não consumam sua atividade jurisdicional tentando resolver desacordos entre direito e moral que não têm significância prática (POSNER, 1997, p. 386).

Dworkin responde às críticas de Posner, em *Reply*, afirmando que há um custo evidente do Pragmatismo do jurista que precisa ser observado: o custo moral, no caso do aborto, por exemplo, se se imaginar que enquanto os experimentos estão sendo conduzidos

---

<sup>34</sup> [...]é atraído para o cientista experimental, a quem (o pragmatista) exorta-nos a imitar, pedindo para, sempre que surgir um desacordo, questionar: O que prática, palpável, visível diferença isso faz para nós? (Tradução livre)

pela Corte que vai decidir, o direito constitucional a ser tutelado pode estar sendo violado (DWORKIN, 1997, p. 437).

O fundador do Interpretativismo Jurídico acusa Posner de ser um consequencialista de direitos superficiais, por supor que direitos morais e políticos não são trunfos sobre ganhos políticos, mas somente ferramentas instrumentais para melhorar tais ganhos.

Na visão de Dworkin (1997), o jurista não oferece ao seu leitor uma teoria geral sobre quais consequências devem ser perseguidas e quais devem ser evitadas na decisão judicial. Em razão disso, entende que os juízes são obrigados a recorrer ao senso comum, guiado pelos fatos, intuição e cultura, caso a caso. Apesar da crítica, o jurista estadunidense reconhece que a posição de Posner, segundo a qual uma teoria explícita não exerce um papel tão importante nas buscas intelectuais para justificação de uma decisão judicial, é extremamente convincente e popular (DWORKIN, 1997, p. 439).

Em *Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication*, Posner (2007c) relata que a diferença fundamental entre ele e Dworkin é que este tem a crença que o raciocínio moral pode guiar os juízes, enquanto ele, apesar de acreditar na influência da moral sobre o direito, crê que o raciocínio moral é apenas um nome de fantasia para aquilo que ele chama de desacordo político (POSNER, 2007c, p. 10-11):

The fundamental difference between us is that he believes that there is such a thing as moral reasoning and that it should guide judges, and I, while not doubting that there is such a thing as *morality* and that it influences law, believe that moral *reasoning* is just a fancy name for political contention<sup>35</sup>.

Posner (2007c, p. 11-12) reconhece, como dito anteriormente, que as críticas de Dworkin sobre a maximização da riqueza fizeram-lhe mudar seu ponto de vista, mesmo a contragosto:

An article that he wrote many years ago forcefully criticizing my views about wealth maximization, though it overstated his case, was convincing and caused me to alter those views, albeit grudgingly of course, and with a lag. I am grateful for the criticism<sup>36</sup>.

A despeito de reconhecer a mudança a partir da crítica, Posner mostra-se firme em demonstrar seu lado pragmático, no que tange à decisão judicial de casos difíceis. À pergunta

---

<sup>35</sup> A diferença fundamental entre nós é que ele acredita que existe tal coisa como o raciocínio moral e que deve guiar os juízes, e eu, apesar de não duvidar de que existe tal coisa como a moralidade e que influencia lei, acredito que o raciocínio moral é apenas um nome fantasia para a disputa política (Tradução livre).

<sup>36</sup> Um artigo que ele escreveu há muitos anos fortemente criticando meus pontos de vista sobre a maximização da riqueza, apesar de superestimar seu caso, foi convincente e me fez alterar esses pontos de vista, ainda que a contragosto, é claro, e com um atraso. Sou grato pela crítica. (Tradução livre)

que Dworkin lhe fez em certa oportunidade sobre como poderia um juiz como ele decidir um caso com outro fundamento que não fosse a sua própria crença no que é a resposta certa para aquele caso, Posner (2007c, p. 12) respondeu que, como os juízes não podem se debruçar por muito tempo sobre o caso, como fazem os professores de Direito, eles não podem se dar o luxo de decidir apenas quando uma máxima certeza lhe surgisse:

At the dinner following the tributes to Dworkin, he took the podium and a brief exchange ensued between the two of us. Recurring to my remarks about the difference between Lord Hoffman's Dworkinian conception of judicial method and mine, Dworkin asked me how I could decide a case on any basis other than a view of what the right decision was. I answered as follows: For the judge, the duty to decide the case (and with reasonable dispatch) is primary. He does not choose his cases, or the sequence in which they are presented to him, or decree a leisurely schedule on which to decide them. This is something that law professors have difficulty understanding, since they choose their topics and need not let go of a paper until they are satisfied that they are right. I have felt in a number of cases that I was skating on thin ice. I did not feel that I had the luxury to defer decision until certitude descended on me<sup>37</sup>.

Posner (2007c) esclarece que, como juiz, na corte de apelação em que atuava, as decisões judiciais eram tomadas a partir de um consenso sobre a premissa das decisões (por exemplo, a finalidade do direito contratual é a eficiência das transações) e quando isso ocorre, uma decisão baseada na razão prática é possível.

Contudo, Dworkin perguntou, certa vez, o que ocorre quando os juízes não concordam com a premissa da decisão. Como o pragmatismo lhes ajuda então? Posner respondeu que, nesses casos, em que há uma área aberta, na qual as Fontes do Direito não são suficientes e que os juízes devem decidir o caso, em vez de lavar as mãos, eles são compelidos a fazer um julgamento legislativo. Tal julgamento reflete a preferência do juiz-legislador que, nesta situação, é guiado por seus valores, temperamento, experiência de vida e sua concepção sobre o escopo e os limites de sua função legislativa (POSNER, 2007c, p. 12).

Você pode certamente discordar desses julgamentos, diz Posner (2007c, p. 12), e dar razões de sua discordância, mas, raramente, você pode dizer que estão errados. Os juízes

---

<sup>37</sup> No jantar seguinte às homenagens a Dworkin, ele subiu ao pódio e uma breve troca de olhares seguiu entre nós dois. Recorrendo às minhas observações sobre a diferença entre a concepção Dworkiniana do método judicial Senhor Hoffman e o meu, Dworkin me perguntou como eu poderia decidir um caso em qualquer base que não seja uma visão do que era a decisão certa. Eu respondi da seguinte forma: Para o juiz, o dever de decidir o caso (e com prontidão razoável) é primário. Ele não escolhe seus casos, ou a sequência em que eles são apresentados a ele, ou o decreto de uma programação de lazer que tem de decidir. Isso é algo que professores de Direito têm dificuldade em compreender, uma vez que eles escolhem seus temas e não precisam entregar um *paper* até que estejam convencidos de que eles estão certos. Eu me senti em um número de casos que eu estava patinando sobre gelo fino. Eu sinto que eu não tinha o luxo de adiar a decisão até que a certeza descesse sobre mim (Tradução livre).

quando decidem casos difíceis assim, certamente agem como legisladores, pensando muito sobre as consequências da decisão a ser tomada.

## 2.6 O VALOR JURÍDICO DA EFICIÊNCIA

Como visto, o intenso debate entre Dworkin e Posner sobre o fundamento ético e moral da eficiência bem demonstra a importância do tema no direito contemporâneo. A visão dos autores sobre a moralidade da eficiência é bem diferente. Enquanto Dworkin nega a existência de qualquer valor moral para eficiência, Posner sustenta, no início de sua teoria, que ela tinha um valor fundamental, mas a partir das críticas do expoente do Interpretativismo Jurídico, reposicionou sua teoria para um olhar mais pragmático, admitindo a eficiência como valor instrumental.

A visão pragmática de Posner sobre a eficiência não afasta sua compreensão de que ela tem valor moral, apenas sugere que ele não precisa defender de forma aprofundada o fundamento moral dela para aplicar em sua teoria do Direito. Para o jurista de Chicago, a moralidade é mais ampla. Não há nenhuma dificuldade em o juiz usar um princípio econômico na decisão judicial. Ao adotar uma visão pragmática, ele não vê razão para uma decisão de um caso complexo ser apenas baseada na filosofia moral. Para ele, Dworkin, ao defender a teoria moral baseada apenas em princípios de moralidade, está fazendo uma leitura restritiva que não é necessária.

No presente trabalho, com base em tudo que foi compreendido do debate entre Posner e Dworkin, defende-se a ideia de que a eficiência possui um valor ético e moral importante para a interpretação do Direito. Não na visão tradicional de Dworkin, que limita a compreensão da moralidade de um instituto pela percepção de que esta deve proteger um direito e não visar a uma meta coletiva.

Como já apontado anteriormente, o próprio Dworkin reconhece teses que relacionam direitos e metas, como a teoria de utilitarismo de regras, que sustenta a força de um direito na dependência de seu poder de promover alguma meta coletiva. Não é um incomum uma teoria política que estipule o direito à igualdade de oportunidades com base na hipótese de que a aceitação desse direito pelos tribunais favoreça a promoção de políticas públicas as quais gerem uma maior utilidade para os membros da sociedade.

Nesse cenário, pode-se considerar a eficiência como um direito que, quando realizado, promove uma meta coletiva, a maximização da riqueza (ou de recursos) da sociedade. A compreensão de que a eficiência pressupõe o alcance de uma meta coletiva não afasta dela a

ideia de que, mesmo sendo um objetivo coletivo, ela está profundamente ligada à nossa moralidade política, como também estão os direitos à igualdade e ao devido processo legal.

Muitos objetivos coletivos, como aqueles que visam a resguardar a segurança nacional, a seguridade social e a ordem pública, não são menos interligados à trama de nossa moralidade política do que os preceitos morais que afirmam o dever de tratarmos igualmente os iguais e de não nos valermos de nossa própria torpeza. Fazer distinção entre diretrizes de políticas públicas e princípios e associar os direitos a estes, mas não àquelas, revela-se muito restritivo. Na linha do que afirma Posner, não há razão para excluir os objetivos coletivos da determinação do escopo dos direitos subjetivos (POSNER, 2007a, p. 320-321).

A despeito das críticas feitas por Dworkin, a compreensão da eficiência como critério ético para a decisão judicial é bastante razoável. Não se pode olvidar que, na linha da construção teórica de Posner, antes de sua virada pragmática, a ética da eficiência, enquanto maximização da riqueza social, pode ser vista como uma mistura entre as tradições filosóficas do utilitarismo e do liberalismo de princípios. Com efeito, a eficiência extrai do utilitarismo uma concepção consequencialista de justiça e moralidade, além da ideia de cálculo individual como referência na análise das relações sociais. É importante destacar que se pode ter, em questões complexas, alocações justas baseadas no utilitarismo, só que elas são acidentais. Não obstante, a eficiência considera relevante para sua caracterização o emprego de institutos próprios do liberalismo de princípios como a autonomia e o consentimento.

A partir dessas constatações, pode-se afirmar que a eficiência tem valor ético e moral, por combinar um método de análise econômica, uma ética liberal e uma filosofia pragmática. No que se refere ao primeiro aspecto, por utilizar-se de método analítico extraído da microeconomia. Em relação ao segundo, por pressupor que somente em um ambiente de máxima liberdade, como preconizado por Mill, podem ocorrer soluções eficientes, que garantam a igualdade de oportunidades. No que diz respeito ao último aspecto, por ter uma natureza instrumentalista que privilegia a análise das possíveis soluções com base nas consequências previsíveis e nos possíveis efeitos que elas têm em um determinado espaço de tempo.

Nesse contexto, uma distribuição de direitos eficiente requer que a propriedade, por exemplo, possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível. Um ato cometido sob coação, por exemplo, além de ilegal e injusto, é ineficiente, por violar a autonomia, a liberdade e a igualdade de oportunidades.

Já que se está admitindo o valor moral da eficiência, uma questão que se coloca é como o juiz pode medir a justiça de uma decisão eficiente?

No decorrer do trabalho, mostrou-se que, diferentemente da felicidade e da utilidade, a eficiência, seja pelo critério de maximização de riqueza ou pelo critério de custo e benefício, pode ser medida. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas são ilimitadas, não existe nada mais injusto do que a distribuição ineficiente de recursos. A maximização da riqueza, ao fim e ao cabo, pressupõe a minimização do desperdício de recursos, pois todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas. Assim, não se pode desconsiderar que toda concepção de justiça deve ter como condição necessária a eliminação de desperdícios (eficiência). Como observa Gico Jr. (2014, p. 28), “não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta”.

Essa compreensão assemelha-se à concepção de eficiência defendida por Posner. Como dito antes, a sua concepção da eficiência é consequencialista e, nela, a medida de justiça, em uma alocação ou distribuição de recursos, dá-se pelo critério de maximização da riqueza. Para alguns comentadores, o jurista considera a maximização da riqueza e o valor econômico como sinônimos. Nesse cenário, apura-se “quanto alguém está disposto a pagar por algo; ou, se o indivíduo já é dono desse ‘algo’, quanto precisaria receber para dele voluntariamente desfazer-se” (SALAMA, 2012, p. 11).

Trata-se, como já reiteradamente frisou-se, de bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados por preços de procura e preços de oferta. Não se trata de valor de mercado, mas valor hipotético atribuído pelos participantes da distribuição de bens e recursos, ou seja, o valor que esses objetos teriam se fossem negociados em um mercado hipotético. Nesse aspecto, a maximização da riqueza atenua os problemas comumente percebidos em relação à maximização da utilidade, pois é mais fácil mensurar valor econômico do que utilidade, preferência ou felicidade.

Ainda assim, não se pode ignorar que admitir a eficiência segundo o critério de maximização de riqueza como norma jurídica enfrenta algumas objeções. A primeira, a de que grande parte das transações tem efeitos sobre terceiros, logo, a economia não pode organizar-se apenas em critérios exclusivamente liberais e voluntaristas. A segunda, a de que o desfecho das transações que ocorrem no mercado sofre influência de como a riqueza foi distribuída anteriormente.

Para ilustrar essa última objeção, imagine que uma pessoa A avalie sua coletânea de livros de filosofia jurídica por \$1.000, enquanto outra pessoa B avalie em \$1.500, não porque

A goste menos de filosofia do que B (talvez até goste mais), mas porque A pode estar em uma situação de crise financeira e precise vender seus livros a fim de se sustentar e que B, embora não aprecie tanto filosofia e direito, talvez queira ampliar sua enorme biblioteca pessoal mediante a aquisição da coletânea. Imagine que a venda da coletânea entre eles ocorra, com B comprando de A. Apesar de a venda ter deixado os dois participantes em melhor situação, segundo o critério de maximização da riqueza, não se pode negar que moralmente parece não ser correta.

O caso mencionado e que representa a segunda objeção, contudo, só inviabiliza a aplicação do critério de maximização da riqueza nos casos em que o bem ou serviço distribuído representar uma grande parcela da riqueza de um daqueles que participam da transação. A primeira objeção também tem sido objeto de reflexão dos juristas, que, em grande medida, sugerem métodos regulatórios para prevenir diversas falhas graves do voluntarismo do livre-mercado.

O fato de considerar que a eficiência da decisão judicial deva se guiar por esse critério, não exige uma defesa intransigente de seus méritos fundamentais. Desde que se reconheça que a riqueza seja um valor social, mesmo que não necessariamente o único ou o principal, e desde que os juízes tenham possibilidade de promovê-lo através de um combate ao desperdício de recursos sociais, pode-se, inegavelmente, utilizá-lo como fundamento da decisão judicial.

Nesse sentido, o reconhecimento do valor moral da eficiência sob o critério da maximização da riqueza social pode contribuir para (1) identificação do que é injusto – toda decisão que gere desperdício é ineficiente e, também, injusta – e para (2) percepção de que a ponderação de princípios ou valores exige do julgador atenção para as consequências reais de sua decisão para a sociedade. Uma decisão eficiente, nesse contexto, tem um forte componente de responsabilidade social.

Se pensarmos que a ineficiência provoca desperdício de recursos em uma sociedade, indubitavelmente, não seria justo que os recursos sociais sejam gastos sem maximizar sua utilização social.

A defesa da eficiência segundo o critério da maximização da riqueza não representa, de igual forma, uma ausência de compromisso ético. O individualismo metodológico adotado pelo modelo juseconômico não representa um desprezo pela ética.

[...] como alerta o prêmio Nobel Amartya Sen<sup>38</sup>, esta confusão entre o indivíduo agir em seu próprio interesse (individualismo) e descurar da ética

---

<sup>38</sup> O economista trata da questão em seu livro *Sobre Ética e Economia*.

com este objetivo é uma das grandes injustiças que se fez ao longo da história com o pensamento econômico (fundamentalmente de Adam Smith), que era, como todos sabem professor de Ética na Escócia. Smith, como qualquer bom filósofo, jamais defendeu que os indivíduos devam se comportar de qualquer maneira no mercado. Sabe-se hoje que, mais do que nunca, quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações econômicas (TIMM, 2010, p. 53)

A eficiência na distribuição de bens e recursos, portanto, exige que as pessoas ajam com conduta proba e confiável e, nesse contexto, apresenta-se como um critério ético e moral e, em consequência, jurídico a ser observado pelo juiz, enquanto intérprete do Direito, por ocasião da decisão judicial.

A defesa do valor ético e moral da eficiência como fundamento da decisão judicial pode ser também realizada a partir das críticas e sugestões feitas por Dworkin à maximização da riqueza da sociedade. Somente para recordar, Dworkin fez forte crítica a dois princípios apresentados por Posner para sustentar o valor ético e moral da maximização da riqueza: o princípio do consentimento e o princípio do interesse geral. Em relação ao primeiro, Dworkin sustenta que não havia como admitir o consentimento geral e implícito de que uma decisão que objetivasse a maximização da riqueza social era justa. No que se refere ao segundo, o jusinterpretativista alega ser inadmissível pressupor que todas as pessoas de uma dada sociedade têm interesse que os juízes decidam casos difíceis aplicando normas maximizadoras da riqueza social.

Para superar essas objeções, ele propõe dois argumentos. O primeiro que recomendaria aos juízes escolher e aplicar uma determinada regra que, no momento da decisão, fosse do interesse antecedente da grande maioria das pessoas e não de toda a sociedade. O segundo que recomendaria aos juízes escolher e aplicar uma regra de responsabilidade social atribuída pela legislação e aceita pela sociedade idealizada como comunidade de princípios.

Pois bem. A eficiência, como padrão jurídico, com valor ético e moral, pode ser defendida nesses termos também. Não é necessário que o juiz, para proferir uma decisão eficiente pressuponha que ela seja de interesse de toda a sociedade. Na linha do sugerido por Dworkin, basta que ele admita que a decisão seja de interesse antecedente da maioria da sociedade. Para isso, ele deve fazer um teste de eficiência pelo critério de maximização da riqueza social e não pelo critério de Pareto, por este exigir a unanimidade como pressuposto. Se a decisão passar por esse teste, o juiz tem de verificar se ela seria admitida em uma sociedade em que todos atuassem e votassem com senso de justiça e igual consideração e respeito mútuos, baseados em informações públicas e confiáveis disponíveis.

Na linha do que se tem defendido até agora, uma decisão judicial que buscasse a maximização da riqueza social e evitasse o desperdício de recursos seria além de eficiente também justa. Em uma sociedade democrática, regida pelo estado de direito e que tem compromisso com a responsabilidade social, uma decisão dessa natureza seria plenamente aceita por aproximar o valor eficiência do valor equidade na prestação jurisdicional. Neste cenário, o ordenamento jurídico exigiria decisões que buscassem a eficiência baseada na maximização da riqueza, por ter raízes da moralidade política, baseada em ideias também de responsabilidade social.

Ao concluir essa análise substancial, a partir do debate entre Dworkin e Posner, constata-se que a eficiência possui uma dimensão ética e moral. A eficiência tem valor ético, pois sua observância exige dos participantes de uma distribuição de recursos e do juiz, em eventual controle judicial, um comportamento ético, baseado no dever de probidade e confiança. Quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações sociais e econômicas. Por sua vez, o valor moral, reside no compromisso com a responsabilidade social que uma distribuição eficiente de recursos deva ter. Uma decisão que busca a maximização da riqueza social e evita o desperdício de recursos revela um compromisso com a responsabilidade, fator importante em questões de moralidade política. No próximo capítulo, pretende-se demonstrar que, sendo a eficiência um valor ético e moral, ela deve se apresentar como um padrão jurídico. A questão a ser respondida, contudo, é: a eficiência é um padrão jurídico de que tipo?

### 3 A ANÁLISE DA EFICIÊNCIA COMO PADRÃO JURÍDICO

Como sustentado no último capítulo, a eficiência tem natureza de norma jurídica essencialmente teleológica e, apesar de ser um padrão jurídico de alta generalidade, pode ser plenamente exigível. O reconhecimento de que a eficiência tem valor ético e moral não pressupõe que ela seja um padrão jurídico, no sentido dworkiniano. O justinterprativista, a propósito, defende, em sua teoria, uma clara distinção entre regras, princípios e políticas e, nesse contexto, compreende a eficiência como um argumento de natureza teleológica diretamente ligada a um objetivo coletivo, sendo, nesse caso, uma diretriz de política pública (*policy*). Posner, por sua vez, não faz uma distinção tão incisiva entre princípios e políticas, como faz Dworkin.

A despeito de Posner ter modificado sua concepção original de eficiência, a partir das críticas de Dworkin, tem-se que a sua visão atual da eficiência, como valor de caráter instrumental, é plenamente admissível no pensamento jurídico contemporâneo. Neste capítulo, pretende-se demonstrar que, possuindo valor ético e moral, a eficiência pode se apresentar como um padrão jurídico. A questão é de que tipo?

Como apresentado no capítulo anterior, existem outros padrões jurídicos além de regras. Esses padrões são chamados de princípios e políticas públicas (*policies*). No presente capítulo, apesar de utilizar-se, em grande parte, as concepções dworkinianas sobre regras, princípios e políticas, delas se afasta para defender a tese de que a eficiência é um princípio jurídico.

O capítulo está dividido em três seções. Na primeira, far-se-á uma descrição dos principais padrões jurídicos e como eram vistos nas teorias de Dworkin e Posner, além de outros renomados filósofos do direito como Hart e MacCormick. Na segunda seção, responder-se-á à última parte do problema de pesquisa: Se a eficiência é um princípio jurídico que pode fundamentar uma decisão judicial? E na última seção, far-se-á uma reflexão sobre os principais pontos que relacionam as teorias de Dworkin, Posner e também MacCormick sobre princípios e políticas, servindo de base para conclusão de que a eficiência é um princípio jurídico de natureza teleológica, melhor explicado pela teoria pragmática.

No curso do presente capítulo, demonstrar-se-á que a distinção de princípios e políticas feitas por Dworkin é bastante restritiva. Posner, por exemplo, não vê razão para tamanha distinção, pois há casos em que princípios e políticas se confundem. A propósito, o jurista tem uma visão de princípio que não se restringe à filosofia moral. Na sua visão,

princípios podem ser ligados não somente à filosofia política, mas também à economia, à sociologia.

A compreensão da diferença entre essas visões é importante para este trabalho, porque ajuda a compreender como o juiz pode utilizar padrões jurídicos de alta generalidade, dependendo da teoria que adote, mas que, mesmo assim, sejam exigíveis.

Pois bem. No campo jurídico, muito se discutiu se a eficiência poderia ser considerada um padrão jurídico, dado que o direito tem fortes traços históricos com a Moral, a Política e pouco com a Economia. O certo é que, nos últimos anos, como visto no decorrer do presente trabalho, o Direito e a Economia vêm se aproximando, a ponto de institutos jurídicos serem estudados por economistas e critérios e ferramentas da economia serem utilizados pelos juristas. A interdisciplinaridade é cada vez mais comum no estudo científico contemporâneo, dada a diversidade de problemas políticos, econômicos e sociais enfrentados pela sociedade.

Nesse contexto, em que a eficiência, a despeito de ser um critério econômico, tem valor ético e moral, investigar o papel que ela desempenha no Direito é primordial, considerando sua importância para o enfrentamento de questões de alta complexidade e que repercutem na sociedade a partir de decisões judiciais de nossos juízes e tribunais.

### 3.1 REGRAS, PRINCÍPIOS E POLÍTICAS

A crise do Positivismo Jurídico, após o final da Segunda Grande Guerra Mundial, decorrente da reflexão operada sobre os sistemas jurídicos que permitiram o crescimento e estabelecimento de estados totalitários e violadores de direitos humanos sob o signo do nacional-socialismo, levou à dissolução progressiva de escolas e correntes consolidadas.

O juspositivismo gerou respostas diversas nos variados países. Na França surge a Escola da Livre Investigação Científica em reação à Escola Exegética. Enquanto esta acreditava que o direito se limitava à interpretação do direito codificado, aquela entendia que havia um maior espaço de atuação do intérprete, cuja ação deveria ser cientificamente fundamentada, mas que acabava por se confundir com a própria lei. Na Escandinávia, surge o Realismo Jurídico, focado na análise dos conceitos jurídicos fundamentais; enquanto nos EUA, o jusrealismo combate o formalismo landelliano (doutrinalismo).

[...] No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinariedade com as demais ciências para aproximar o direito da realidade social, afastando-se do seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídicos interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), entre outros movimentos (GICO Jr, 2014, p. 7).

Em razão disso, já não parece tão razoável a distinção clássica entre Jusnaturalismo, Juspositivismo e Realismo Jurídico no pensamento jurídico contemporâneo (FARALLI, 2006, p. 1). Isso não significa, contudo, que as correntes filosóficas tradicionais tenham desaparecido: o Jusnaturalismo, por exemplo, ainda exerce forte influência e tem, atualmente, como expoente maior John M. Finnis; o Juspositivismo, por sua vez, tem entre seus principais representantes Neil MacCormick, Frederick Schauer e Joseph Raz, e o Realismo Jurídico<sup>39</sup> tem, entre outros, Roscoe Pound e Benjamim Cardoso (POGREBINSCHI, 2014).

O Juspositivismo, como é amplamente reconhecido, apoiava-se na ideia de que uma conduta deveria ser adotada, notadamente, porque uma autoridade assim havia determinado. A pureza das normas jurídicas, tal como sustentada pela versão do positivismo estrito, de Hans Kelsen, levava a uma compreensão neutra dos fenômenos jurídicos (DIAS, 2016). Inicialmente voltada à atividade legislativa e à coercibilidade do Direito, o interesse do Juspositivismo deslocou-se com o tempo para as instituições aplicadoras do Direito, seu caráter normativo e a sistematicidade do ordenamento jurídico (GICO Jr., 2014, p. 5-6).

Essa visão era refratária à possibilidade de discussão a respeito do conteúdo das normas jurídicas, especialmente quanto à justiça e à equidade de seu comando normativo, visto que exigiria a interferência de outras ciências.

Naturalmente, essa abordagem coloca a Jurisdição como função estatal estritamente limitada ao campo do direito positivado e lhe impede qualquer avanço para além dele. Trata-se de atividade centrada no que é dado e filosoficamente comprometida com a premissa de que o Estado encerra o Direito (DIAS, 2016, p 28).

Neste cenário, o Positivismo Jurídico impõe um campo de atuação jurisdicional limitado, *a priori*, à manifestação estatal do Direito e, por conseguinte, exclui praticamente qualquer possibilidade de decisão judicial baseada em senso de justiça, equidade ou eficiência.

O Positivismo Jurídico, de Kelsen, influenciou vários autores que passaram a adotar essa linha teórica, dentre os quais se destaca Herbert Hart. Ainda que Hart compartilhe dos mesmos fundamentos teóricos de Kelsen, sua construção teórica foi altamente influente em decorrência da sofisticação de seu pensamento e, sobretudo, de soluções teóricas rebuscadas, que serviram como base do Juspositivismo a partir de então.

---

<sup>39</sup> O Realismo Jurídico, nos Estados Unidos, foi um movimento preponderante na esfera jurídica do início do século XX. Essa escola, também conhecida como Jurisprudência Sociológica, teve entre seus principais idealizadores Roscoe Pound, Benjamin Cardozo e Oliver Wendell Holmes, sendo os dois últimos juízes em atividade naquela época. Para Faralli (2006), ao Realismo estão associados também os expoentes dos *Critical Legal Studies*, da Análise Econômica do Direito, bem como de parte da teoria do direito feminista.

O Juspositivismo de Hart é um modelo muito esquemático, que estuda o Direito em sua estrutura normativa, independentemente, dos valores inerentes a essa estrutura e do conteúdo que ela encerra. Hart sustenta que os ordenamentos jurídicos operam como normas primárias e secundárias. As primeiras como normas de conduta, e as últimas como normas que viabilizam a operacionalidade de outras normas. Entre as normas secundárias, há a regra de reconhecimento que, na teoria hartiana, é responsável por estabelecer a identidade do ordenamento jurídico. A regra de reconhecimento é, na visão de Hart, a norma jurídica que serve para identificar as regras primárias pertencentes ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, elas eliminam as incertezas a respeito do pertencimento de normas em relação a uma determinada ordem jurídica, uma vez que informam o que se pode considerar como direito em uma determinada sociedade. Assim, a regra de reconhecimento resolve a carência de certeza das regras primárias.

Exatamente essa versão sofisticada do positivismo foi alvo de profunda crítica no pensamento jurídico contemporâneo, determinando a abertura da Filosofia do Direito, por um lado, ao mundo dos valores ético-políticos e, por outro lado, ao mundo dos fatos (FARALLI, 2006, p. 3).

Quanto ao primeiro aspecto, como enfatiza Farralli (2006), podem-se remeter ao início do pós-positivismo, com certa aproximação, as críticas de Ronald Dworkin a Herbert Hart, reunidas no livro *Levando os direitos a sério* (1977). Em relação ao segundo aspecto, podem-se considerar os desdobramentos do Realismo Jurídico, notadamente, provocados por movimentos como os Estudos Jurídicos Críticos e a Análise Econômica do Direito, de Richard Posner.

O objetivo central da crítica de Dworkin ao Positivismo foi demonstrar que essa teoria “leva a consideração sobre as regras de direito ao extremo, excluindo os demais padrões relevantes para compreensão do fenômeno jurídico” (DIAS, 2016, p. 31). Na visão de Dworkin, o Direito é constituído por padrões jurídicos que podem assumir a feição de regras, princípios e políticas, o que difere sobremaneira do positivismo, que confere especial relevo às regras.

A exigência de um aparato teórico diferente encontra respaldo em sua concepção do Direito como integridade, que pode ser vista sobre três aspectos. O primeiro aspecto é relativo à distinção qualitativa entre regras e princípios que Dworkin considera fundamental em sua teoria. Os princípios constituem-se em padrões que devem ser obedecidos, porque refletem “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”

(DWORKIN, 2002, p. 36). Nesse aspecto, a inclusão dos princípios como padrão jurídico está relacionada à ligação entre direito e moral, que deve ser realizada na dimensão da moralidade política. Na análise dos princípios, é essencial a identificação de seu conteúdo, ou seja, dos padrões de comportamento que veiculam exigências relacionadas aos valores morais (DIAS, 2016).

O segundo aspecto está relacionado aos processos de interpretação e aplicação do Direito. Nesse caso, o postulado da integridade traduz-se na exigência de que a decisão judicial seja coerente com princípios de moralidade política, os quais levem em consideração a ideia de igual respeito e consideração (*equal concern and respect*). “Tal exigência tem, para Dworkin, uma dimensão primariamente argumentativa, relativa à avaliação dos diversos princípios aplicáveis (*balancing*) e das exigências do caso” (FARALLI, 2006, p. 14).

O terceiro aspecto é relativo à possibilidade de uma fundamentação relativamente objetiva e racional da decisão judicial. Dworkin desenvolve essa possibilidade através de uma proposta moderadamente cognicista, ligada à argumentação jurídica e moral. “Isso leva à possibilidade de determinar uma resposta correta para as diversas questões suscitadas pela interpretação dos princípios e dos direitos num âmbito pluralista” (FARALLI, 2006, p. 14).

Na formulação de sua crítica, portanto, Dworkin estabelece que existem normas jurídicas que não são necessariamente revestidas da forma de uma regra de direito positivado, notadamente no caso de políticas e princípios. O principal esforço de sua teoria é distinguir as regras dos princípios. O jurista estadunidense coloca em destaque que, na visão do positivismo hartiano, o conceito de regra depende de algumas considerações relacionadas à sua origem.

Dworkin, assim como Hart, distingue duas modalidades de persuasão que uma norma jurídica pode conter. As ideias de dever e obrigação não têm o mesmo significado no campo da teoria do Direito. Hart (2009), ao tratar do direito como união de normas, já identificava tal situação:

“Ele devia ter feito...” e “Ele tinha a obrigação de...” não são sempre expressões intercambiáveis, embora sejam semelhantes por fazerem referência implícita a padrões existentes de conduta ou por serem usadas para se tirar conclusões em casos particulares a partir de uma norma geral. Normas de etiqueta ou relativas à correção da fala são certamente normas. [...] Mas utilizar as palavras “obrigação” e “dever” para designar normas desse tipo seria apenas estilisticamente estranho, como também enganoso. [...] As normas são concebidas como preceitos que impõem obrigações, e assim são tratadas no discurso, quando a exigência geral de obediência é insistente e a pressão social sobre os que as infringem ou ameaçam fazê-lo é grande (HART, 2009, p. 111).

Essa distinção, feita pelo Positivismo, de Hart, é importante, visto ser indubitável que a presença de uma regra de Direito determina a conduta do destinatário (DIAS, 2016). Contudo, Dworkin mostra-se cético quanto à origem da força vinculante desse padrão de comportamento. Enquanto para Hart as regras determinam o comportamento, porque advêm de práticas sociais consolidadas, na visão de Dworkin, a prática social nem sempre impõe a construção de um dever, visto que existem muitos deveres que não estão relacionados a uma prática social consolidada (DIAS, 2016).

Dworkin sustenta que existe uma moralidade concorrente por meio da qual os membros da comunidade, de comum acordo, reconhecem que certos deveres têm de ser atendidos como regra por seu próprio conteúdo e não por ser uma prática social consolidada. O jurista estadunidense anota que a teoria da prática social concebe, erroneamente, a relação entre o comportamento de uma comunidade e as regras que ela elabora. Nas palavras do autor: “a teoria da regra social concebe de maneira equivocada essa conexão. Ela acredita que a prática social constitui uma regra que o juízo normativo aceita; na verdade, a prática social ajuda a justificar uma regra que é expressa pelo juízo normativo” (DWORKIN, 2002, p. 91).

Assim, a obrigatoriedade das regras não se origina da prática social, mas do conteúdo moral que ela contém. Na visão de Dworkin, os diversos níveis de argumentação elaborados mostram que as práticas de moralidade política é que estão no centro da construção de regras jurídicas (DIAS, 2016). Essa visão justifica a preocupação da teoria do Direito como Integridade, em distinguir dois dos elementos: os princípios e as regras. Para Dworkin, a orientação que as regras oferecem é de natureza excludente, na forma do “tudo ou nada”. Em sentido contrário, os princípios oferecem uma ideia de peso e importância.

Nesse sentido, enquanto as regras jurídicas seriam aplicáveis sob a ótica da validade e invalidade (se os fatos que estipula uma norma estão dados, então ou bem a norma é válida, em cujo caso a resposta deve ser aceita, ou bem não é e então não acrescenta nada à decisão), “os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, fazendo que, na solução do conflito entre princípios, deva-se levar em consideração o peso relativo de cada um para solução do caso concreto” (FELLET, 2014, p. 58-59).

Como assevera Dias (2016, p. 38), “essa distinção, sem dúvida alguma, particulariza o pensamento de Dworkin e, ao mesmo tempo, oferece um aperfeiçoamento da teoria das diversidades de normas já admitidas por Hart”. Tal compreensão permite concluir, na perspectiva de Dworkin, que, além do Estado, a comunidade, exerce papel de fonte produtora de norma jurídica.

Na busca de princípios que podem oferecer melhor justificativa para a decisão, Dworkin (1999, p. 213-231) propõe que a integridade seja reconhecida como ideal político independente, diverso tanto da equidade – que lida com os aspectos de organização do processo político –, quanto da justiça – que trata dos resultados desse processo político. “A integridade exige que as instituições estatais atuem sempre de modo coerente com os princípios de moralidade política que justificam suas ações” (MAUÉS, 2012, p. 605), de modo que o Estado possa fundamentar suas decisões em interpretações desses princípios.

A partir de um modelo de comunidade de princípios, Dworkin afirma que a comunidade política requer que seus membros compartilhem princípios comuns e não apenas regras. Nessa concepção, os membros da comunidade passam a considerar que seus direitos não decorrem apenas de decisões particulares tomadas por instituições, mas também de esquema de princípios pressupostos por essas decisões, o que implica o reconhecimento da existência de direitos e deveres não positivados. Para o autor, somente este modelo de comunidade é capaz de lidar com o pluralismo moral e político da sociedade, em que pessoas divergem sobre critérios de justiça e equidade<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> A distinção entre regras e princípios também foi objeto de estudo na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Em seu artigo *Sobre o Conceito de Princípio de Direito*, Alexy (2010) descreve, inicialmente, os pormenores da investida de Ronald Dworkin contra o positivismo jurídico, por meio de sua teoria dos princípios jurídicos.

Na visão de Alexy, Dworkin recusa expressamente a distinção entre princípios e regras, em seu aspecto quantitativo, segundo o grau de generalidade. Sua “tese da separação rigorosa [forte]” entre princípios e regras sustenta que esses são critérios normativos de estrutura lógica completamente diferentes. Alexy questiona essa tese dworkniana de que as regras seriam aplicadas de maneira “tudo ou nada”. Essa forma de aplicação, segundo o professor de Kiel, somente seria possível se todas as exceções à aplicação de determinada regra jurídica fossem enumeráveis na prática, o que propiciaria uma “formulação completa da regra”. “Se tal formulação completa da regra não é possível, novas exceções podem surgir a todo momento, fazendo com que não mais se dê ensejo à consequência jurídica prevista abstratamente” (FELLET, 2014, p. 61-62).

Com essa premissa, seria inevitável o abandono da tese da separação forte entre regras e princípios. Na visão de Alexy, pode-se até compreender a existência de ordenamentos jurídicos formados exclusivamente por regras, que não admitam exceção, a não ser aquelas estatuídas expressamente, entretanto, os ordenamentos jurídicos modernos possuem exceções não expressas a aplicações das regras, e isso pode ser constatado por meio da observação da prática jurídica. Com isso, conclui Alexy (2010, p. 137), “justamente a existência de princípios elimina os pressupostos para o caráter tudo-ou-nada como critério de distinção entre regras e princípios”.

A possibilidade de se “salvar” o caráter tudo-ou-nada das regras, contudo, não é descartada por Alexy. Para ele, isso pode ser alcançado com a introdução de uma cláusula de reserva geral. No caso da diferença entre regras e princípios, Alexy advoga a tese de que a distinção entre eles é de caráter *prima facie* (à primeira vista). Na aplicação de regras, quando os pressupostos previstos em abstrato se verificam em concreto, acontece a consequência jurídica prevista. Se o intérprete pretende apresentar uma exceção à regra, baseada num princípio, deve suportar o ônus da argumentação. Na aplicação de princípios, em relação a sua limitação por outros princípios, é diferente. O intérprete deve, inicialmente, considerar que todos os princípios, em seu conteúdo de determinação, são todos fundamentalmente iguais. Não existe, por conseguinte, nenhum fundamento para, de antemão, privilegiar um princípio em detrimento de outro. Por isso, aquele que pretende aplicar princípios em colisão, deve demonstrar quais princípios em sentido contrário não devem prevalecer no caso específico. (FELLET, 2014, p. 66).

Os princípios, nesse sentido, são mandamento de otimização, que devem ser aplicados na maior medida possível, enquanto as regras são mandamentos definitivos. Princípios exigem que algo seja realizado na maior

Nota-se, portanto, que princípios e regras, na Teoria do Direito como Integridade, de Dworkin, embora sejam padrões jurídicos de conduta, são essencialmente diferentes quanto à sua forma de produção e aplicação.

No que tange à distinção entre princípios e políticas (*policies*), Dworkin reconhece que além de princípios e regras, existem outros padrões jurídicos a ser observados pelo julgador e intérprete e, nesse cenário, faz remissão às políticas.

Ao analisar os casos difíceis, o jurista estadunidense identifica que, muitas vezes, as soluções a questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2002, p. 36). Para o autor, mesmo quando nenhuma regra regular o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127).

Afirma Dworkin (2002) que os juízes não podem legislar nem criar direito novo, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Essa compreensão não leva em conta a importância de uma distinção fundamental na teoria política entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*).

Como já salientado no capítulo anterior, na visão de Dworkin (2002), os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Dworkin (2002) defende a tese de que as decisões judiciais, nos casos difíceis, são e devem ser de maneira característica, geradas por princípios e não por políticas. Segundo ele, o argumento de princípio resiste à crítica de originalidade judicial, pois estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito, permitindo ao juiz, que

---

medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

Ao comentar a proposta de Dworkin no sentido de se exigir que os juízes desenvolvessem uma “Teoria do Direito” que contivesse os pesos relativos dos princípios, Alexy sustenta a inviabilidade prática da elaboração de uma ordem cardinal ou ordinal de princípios, que leve em consideração o seu peso.

não é pressionado pelas demandas da maioria política, avaliar o argumento em uma melhor posição.

Além disso, o princípio resiste à objeção segundo a qual o juiz, quando cria uma nova lei, pune a parte perdedora, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim, por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Para o jurista estadunidense, se o demandante tem de fato o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. “Se for óbvio e incontroverso que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio de uma publicação em uma lei” (DWORKIN, 2002, p. 135).

Dworkin (2002) fundamenta suas considerações sustentando que, diversamente do caso dos argumentos de política, os princípios exigem uma “consistência distributiva” a todos os casos, dado que não admitem, sem argumento de coerência, a distribuição desigual de algum benefício. Nesse aspecto, um argumento, baseado em princípio, pode oferecer uma fundamentação para uma decisão particular em um caso concreto, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em casos hipotéticos.

Tal argumento, para Dworkin, não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política. O uso de argumentos de princípio exige do juiz coerência, não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio, mas também na aplicação do princípio que tomou por base<sup>41</sup>.

Como abordado anteriormente neste trabalho, ao examinar a relação entre política econômica e princípios, Dworkin (2002, p. 151) sustenta que, em seu aspecto descritivo, a tese dos direitos afirma que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios e não por políticas. A tese dos direitos de Dworkin estabelece que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou da negação dos direitos concretos, mas os direitos concretos devem ser institucionais e jurídicos.

---

<sup>41</sup> Apesar de seu posicionamento contrário ao uso de argumentos de política para justificar uma decisão judicial não ter se alterado ao longo de sua obra, é possível constatar que sofreu um refinamento a partir da obra *Império do Direito*. Segundo Dworkin (1999), o direito insiste que a força pública não deve ser usada ou refreada para os fins que se destina, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força. Neste cenário, pode-se compreender que Dworkin admite ser possível, em situações excepcionais, que uma decisão baseada em argumento de política, inicialmente tomada pelo Poder Público, visando à determinada meta, influencie na decisão judicial.

Diferentemente de Dworkin, para Posner (2007a), o juiz de um caso difícil – caso que esteja no âmbito da indeterminação do Direito – é mais um formulador de políticas públicas do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é um legislador ordinário. Contudo, dentro dessa esfera de liberdade, o juiz deve julgar com razoabilidade. Para o jurista, um juiz que concebe seu papel assim, pode fundamentar sua decisão judicial, aplicando diversos argumentos, inclusive, os de política.

Com esse raciocínio, Posner (2007a) entende que o juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências ao Estado de Direito, às partes, à economia, à ordem pública e à sociedade. Para o jurista estadunidense, o processo de raciocínio impregnado de diretrizes políticas é racional e não arbitrário, sendo mais passível de excluir alguns resultados do que de gerar uma resposta única para a solução do caso judicial.

Além de Dworkin e Posner, o professor da Universidade de Edimburgo, Neil MacCormick, debruçou-se sobre o tema relativo à distinção entre princípios e políticas, posicionando-se da seguinte forma:

[...] discordo com muita firmeza da caracterização de Dworkin dos termos “princípio” e “política”. Talvez ainda com maior firmeza porque também me inclino a endossar a teoria substantiva da moral e da política de que os princípios mais fundamentais são os que determinam direitos” (MACCORMICK, 2006, p. 344).

As razões de MacCormick para rejeitar a distinção feita por Dworkin são as seguintes. Para o jurista escocês, os princípios são espécie do gênero “lei”. Nesse sentido, a normatividade dos princípios, que ele em absoluto nega, deriva do simples fato de que uma norma de reconhecimento lhe concede esse atributo (DIAS, 2016, p. 41).

Como juspositivista, neo-intitucionalista e antigo aluno de Hart, MacCormick compartilha elementos de uma concepção positivista em sua teoria. Para ele, o fato de um ordenamento jurídico possuir diversos padrões jurídicos não implica o afastamento de que esses padrões, para serem aplicados e obedecidos, sujeitem-se a uma regra de reconhecimento. É com essa percepção do sistema jurídico que afirma:

[...] existe uma relação entre a “norma de reconhecimento” e princípios de direito, mas é um relacionamento indireto. As normas que são normas do direito são o que são graças a sua linhagem. Os princípios que são princípios do direito são o que são graças a sua função àquelas normas, ou seja, a função a eles atribuída por quem os usa como racionalização das normas (MACCORMICK, 2006, p. 304).

Trata-se, assim, de uma crítica à Teoria do Direito como Integridade, de Dworkin, e de uma posição sustentada no Positivismo Jurídico, de Hart, mas que, ao mesmo tempo, reconhece a necessidade de se incluir os princípios numa concepção mais perfeita do Direito como “um sistema de múltiplos padrões normativos” (DIAS, 2016, p. 42).

Neste cenário, a distinção entre princípios e políticas deixa de ter em MacCormick a mesma configuração que tem na teoria de Dworkin pelo simples fato de que os dois autores divergem quanto ao conceito de princípio e de onde deriva sua normatividade. Enquanto, para Dworkin, a normatividade dos princípios decorre da moralidade política, servindo os princípios, em tal dimensão, como cláusula de controle de aplicação das regras formalmente produzidas em um sistema, na visão de MacCormick, a normatividade dos princípios é semelhante à de qualquer outra norma jurídica assim qualificada.

MacCormick, além disso, rejeita a distinção entre princípios e políticas feita por Dworkin. Ele tem uma visão distinta do que são políticas e sua função dentro do ordenamento jurídico. Como já visto, Dworkin rejeita esse padrão jurídico como fundamento da decisão judicial. “Isso significa dizer que, em geral, questões de alta complexidade devem ser decididas não pelos seus efeitos no plano social, mas pelos direitos que efetivamente as pessoas envolvidas realmente possuam” (DIAS, 2016, p. 43).

Na visão de Dworkin, metas e objetivos políticos não devem ter papel preponderante no processo de decisão judicial de casos complexos. O pensamento de MacCormick, por seu turno, rejeita essa tese dworkiniana sob dois argumentos complementares. O primeiro diz respeito ao próprio conceito de política tal como concebido por Dworkin, e o segundo relativo ao plano argumentativo e institucional.

MacCormick considera, como primeiro argumento, a distinção entre princípios e políticas superficial, defendendo a tese de que muitas políticas, tal como denominaria Dworkin, implicam a observância de princípios. “Quando no direito ou em qualquer outra esfera de atuação levantamos a questão de saber se uma determinada política é desejável ou não, estamos levantando uma questão de princípio” (MACCORMICK, 2006, p. 343). Neste diapasão, tal como salientado por Dias (2016), se o fato de decidir sobre políticas é também decidir sobre princípios, não há por que fazer uma distinção categorial entre eles.

O segundo argumento de MacCormick também é compreensível. Para ele, aquilo que Dworkin denomina políticas pode oferecer a um tribunal um cenário desejável tanto do ponto de vista da solução concreta de um caso difícil quanto do ponto de vista de uma compreensão de bem comum (DIAS, 2016). Nesse aspecto, se uma meta política é desejável e, portanto, os

meios e a conveniência desses meios para alcançar o objetivo se revestem de padrões argumentativos públicos, não parece razoável desconsiderar tais políticas como elementos de fundamentação de decisões judiciais.

Na visão de MacCormick, enunciar uma meta implica reconhecer, ao menos implicitamente, a existência de algum princípio que dê suporte a essa meta política:

[...] para qualquer meta *m*, afirmar que se trata de uma meta que deveria ser garantida corresponde a enunciar um princípio ou um julgamento dependente de algum princípio pressuposto e não enunciado. Por esse motivo, as esferas do princípio e da política não são distintas e mutuamente opostas, mas irremediavelmente entrelaçadas (MACCORMICK, 2006, p. 343).

Sob esta ótica, fundamentar uma decisão utilizando-se de argumento de política implica argumentar a respeito de uma questão de princípio.

Essa crítica de MacCormick pode ser rebatida ou refutada. Dias (2016), ao comentar o assunto, destaca que o jurista escocês compreende os princípios de forma diversa de Dworkin. O uso de princípios, na teoria dworkiniana, exige um método argumentativo, enquanto na teoria de MacCormick, utiliza um método dedutivo.

Enquanto sua compreensão de princípio força Dworkin a investigar necessariamente a respeito de um método para incorporação dos princípios ao ambiente judicial (a alegoria do romance em cadeia sugere um método de validação), MacCormick pode se servir confortavelmente dos métodos clássicos dedutivos consagrados pela prática positivista recente (DIAS, 2016, p. 46).

Em relação às políticas, enquanto MacCormick deduz que a distinção entre elas e os princípios se dá no plano do conteúdo, Dworkin estrutura uma distinção entre princípios e políticas no aspecto formal. Para fazer sua distinção, MacCormick pressupõe que a distinção feita por Dworkin é substancial, ou seja, baseada no conteúdo dos padrões jurídicos, quando, na verdade, o jurista estadunidense faz a diferenciação a partir da natureza formal de ambos os padrões. Para Dias (2016, p. 46), “isso não quer dizer que o entendimento em si não possa ser sustentado, mas apenas não deve ser tomando efetivamente como uma crítica, mas como uma enunciação”.

A despeito disso, entende-se que a própria teoria de Dworkin foi sendo refinada com o tempo a ponto de o teórico reconhecer a relevância dos argumentos de política em decisões judiciais. Tal reconhecimento, de certa forma, aproximou os dois padrões a ponto de se poder concluir que determinados argumentos, com forte traço consequencialista, podem ser tidos como princípios que enunciam uma meta política e não propriamente como argumentos exclusivamente de políticas.

Posner também, como já demonstrado, não faz uma distinção entre políticas e princípios como Dworkin fazia. Na sua visão, existem padrões de decisões que são essenciais e que podem ser usadas como fundamentação de decisões judiciais, quer estejam na regra jurídica ou não. O jurista de Chicago não precisa ter a mesma visão de MacCormick para fazer essa crítica a teoria dworkiniana.

Como juspragmatista, Posner compreende, em primeiro lugar, que os juízes pragmatistas *fazem* o direito, e não simplesmente o “encontram”. Eles são verdadeiros criadores do direito e não, meros aplicadores. Nesse cenário, ele não apenas interpreta, mas também considera consequências de decisões alternativas. E estas decisões alternativas podem ser embasadas por diferentes fontes, jurídicas ou não. As fontes autorizativas são apenas fontes de *informação* para o juiz pragmático, como são todos os recursos que lhe são disponíveis, sejam eles teóricos ou empíricos, jurídicos ou extra-jurídicos. Pode-se então afirmar que de todas as possibilidades de decisão, o pragmático tentará supor consequências e, do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor. E a melhor decisão, para o pragmático, é aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais. Um juiz pragmático é um juiz preocupado em intervir na realidade social – criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas.

Na visão de Posner, o juiz não se encontra fechado dentro do sistema jurídico: a concepção pragmática do Direito possibilita ao juiz adotar recursos não-jurídicos em sua aplicação, e que se recebam, constantemente, contribuições de outras disciplinas em sua elaboração. Além das tradicionais fontes do direito, os juízes pragmáticos ao formarem suas decisões se valem também, por exemplo, de considerações de ordem ética e política.

O Pragmatismo Jurídico de Posner trabalha com a ideia de que a aplicação das normas é que confere validade a elas. Não faz sentido, assim, falar-se em um direito positivo preexistente à aplicação do juiz. O direito torna-se positivo ou positivado após ser aplicado pelo juiz e não quando promulgado pelo legislador. Ou seja, antes de ser aplicada, a norma jurídica constitui apenas um dentre diversos recursos aos quais o juiz pode recorrer. Ela seria assim uma fonte, mas não ainda uma norma válida. Ao contrário das abordagens positivistas do direito, o Pragmatismo não tem compromissos rígidos com os tradicionais princípios da segurança ou certeza jurídica. Seu compromisso maior é com as necessidades humanas e sociais. O juiz pragmático não se preocupa em manter uma coerência lógica do sistema jurídico se isto não servir a um resultado socialmente desejável e benéfico.

MacCormick pensa diferentemente de Posner, pois ele é positivista, institucionalista e opositor da Análise Econômica. Para ele, como visto anteriormente, o juiz deve fundamentar sua decisão em toda regra prevista no sistema jurídico. Caso contrário, pode agir com discricionariedade. Para ele, por exemplo, se tiver previsão que o juiz deve tomar uma decisão eficiente para determinados casos jurídicos, aplica-se a regra como fundamento. Caso contrário, o ato deve ser discricionário.

MacCormick não faz uma crítica a Posner e sim a Dworkin. Ele faz uma crítica a Dworkin não por ter uma visão pragmática como a do jurista de Chicago, mas sim por ter uma visão contemporânea do Positivismo Jurídico. Ressalte-se, por oportuno, que a finalidade da crítica de MacCormick não é a que se pretende na presente dissertação.

Como se observa, apesar das divergências teóricas, Posner e MacCormick não veem distinção formal entre princípios e políticas. A eficiência, conforme se pretende demonstrar na próxima seção, pode ser compreendida nesse aspecto, como um padrão jurídico com forte traço de princípio jurídico e que enuncia uma meta política.

No plano da teoria da decisão judicial e para os fins desta dissertação, mostra-se relevante fazer a necessária conceituação e a possível distinção entre regras, princípios e políticas, notadamente, porque estes padrões jurídicos têm se mostrado decisivos na formação de argumentos de decisões judiciais de casos de grande complexidade em nosso ordenamento jurídico. As contribuições de Dworkin, por exemplo, são recorrentes na jurisprudência brasileira, a ponto de sua teoria ser geralmente citada em acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Os outros filósofos do Direito, como Posner e MacCormick são também citados, mas com menos frequência.

### 3.2 A EFICIÊNCIA COMO PADRÃO JURÍDICO: O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

Inicialmente, cabe asseverar que a eficiência não pode ser compreendida como uma regra jurídica. A regra jurídica, como é geralmente reconhecida pelos positivistas jurídicos, exige, para sua aplicação, o reconhecimento de seu pertencimento ao ordenamento jurídico e que ela tenha origem em uma fonte oficial. Na concepção teórica de Dworkin, a regra jurídica tem sua aplicação condicionada à maneira “tudo ou nada”. Ou ela é válida e eficaz e deve ser aplicada ou não é válida nem eficaz e não deve ser aplicada. Como aponta Ávila (2006, p. 36): “[S]e a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida”.

Nestes termos, as regras jurídicas são aplicáveis sob a ótica da validade e invalidade (se os fatos que estipulam uma norma estão dados, então ou bem a norma é válida, em cujo caso a resposta deve ser aceita, ou bem não é e, então, não acrescenta nada à decisão). No caso da eficiência, enquanto padrão jurídico, entende-se que ela não pode ser considerada como regra jurídica, por sua força normativa não decorrer apenas de sua origem de uma fonte oficial, mas, precisamente, por seu conteúdo normativo.

Não se revela crível a edição de uma regra geral de eficiência, com um comando normativo do tipo “a decisão judicial deve ser eficiente, sob pena de nulidade”, visto que, como demonstrado no decorrer do presente trabalho, há diversas concepções de eficiência e, portanto, não há um critério objetivo para se conceituar eficiência, o que, por certo, tornaria tal regra de textura aberta e eficácia limitada (CASTRO, 2011).

Nesse cenário, a eficiência não pode ser classificada como regra jurídica ante a impossibilidade de aplicá-la sob a forma de “tudo ou nada”. A natureza axiológica da eficiência revela não ser ela dotada de concretude e objetividade suficientes para ser aplicada como regra. A eficiência, por seu próprio conteúdo, mesmo que positivada em algum ordenamento jurídico, mais se aproxima dos conceitos de políticas e princípios, que podem ser aplicados de acordo com o seu peso e relevância no caso concreto.

Não é todo ordenamento jurídico que possui norma expressa considerando a eficiência, seja como regra ou princípio-norma. Há outros ordenamentos jurídicos, contudo, que preveem a eficiência como norma fundamental dentro do sistema processual. No Direito brasileiro, claramente, está previsto no art. 8º, do Código de Processo Civil, a eficiência como uma das normas fundamentais do processo civil. A eficiência, portanto, está entre as normas que compõem a base para um processo civil justo, pois sua aplicação deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

O art. 37, *caput*, da Constituição da República, prevê a eficiência como norma-princípio da administração pública. Contudo, não há uma norma expressa no sistema jurídico brasileiro que prescreva ao juiz, quando decidir sobre os casos judiciais, utilizar-se da eficiência como fundamento jurídico da decisão, sob pena de nulidade. No contexto brasileiro, tanto a Constituição como o Código de Processo Civil sugerem que a eficiência deve ser considerada como princípio informativo.

Importante ressaltar que se se entendesse, a partir de uma visão positivista, a eficiência como regra jurídica, a inexistência de regra expressa no sistema jurídico impediria sua

aplicação como fundamento jurídico da decisão. A uma, porque não fora instituída pelo poder legislativo competente. A duas, porque, adotando a visão dworkniana do caráter “tudo ou nada” da norma, a inexistência de uma regra que dê validade e eficácia ao termo eficiência enquanto norma jurídica impede sua aplicação.

A eficiência pode até ser subsumida como valor a orientar outras regras jurídicas como, por exemplo, no caso do art. 139, da Lei No. 11.101/2005, que ao modificar o regime falimentar então vigente, previu a antecipação da realização do ativo do falido logo após a arrecadação dos bens no processo de falência e não após a formação do quadro geral de credores. Tal regra revela-se eficiente “ao buscar preservar o valor econômico da massa falida ao se alienarem seus ativos quando ainda próximos de seu máximo valor empresarial” (CASTRO, 2011, p. 96). Note que, para alcançar seu objetivo, não foi necessário dispor de uma regra do tipo “a alienação de ativo do devedor deve se dar de modo eficiente”.

A compreensão que mais resiste à crítica é aquela que considera a eficiência como princípio jurídico. Apesar da eficiência ser um valor jurídico e moral de base teleológica, defende-se no presente trabalho a ideia de que sua natureza se aproxima mais de princípio do que de política.

A primeira observação que deve ser feita para sustentar ser a eficiência um princípio jurídico é a de que um princípio pode enunciar um argumento consequencialista. O próprio Dworkin, ao defender sua Teoria do Direito como Integridade, adverte da necessidade de não confundir a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, com a distinção entre teorias consequencialistas e não consequencialistas de direitos. Em seu artigo *Seven Critics*<sup>42</sup>, Dworkin apresenta um exemplo elucidativo de argumentos de princípio de base consequencialista (teleológica):

Consideremos um problema paradigmático de mau uso de propriedade. A propriedade de A é contígua à de B; B tem uma fábrica em sua propriedade e a poluição resultante não permite que A desfrute de sua propriedade como poderia fazê-lo. [...] Suponhamos que A faça – e é requisitado a defender – uma reivindicação de princípio segundo a qual ele tem o direito a que B não use sua propriedade do modo como usa. A argumentação de A poderia não apelar, de modo algum, às outras consequências que podem decorrer do fato de se permitir a B que polua o ar. Ele poderia dizer, por exemplo, que as pessoas que adquirem uma propriedade na área em questão têm o entendimento, confirmado pela convenção, de que nela poderão respirar um ar completamente puro, e que seu direito provém, exclusivamente, desse entendimento geral. Mas por outro lado, A poderia apresentar um argumento mais consequencialista. Poderia dizer, por exemplo, que a poluição do ar vai

---

<sup>42</sup> O artigo, publicado em 1977, que contém a resposta de Dworkin a sete críticos de seu livro *Levando os direitos a sério*, foi transformado em apêndice, com uma versão corrigida e ampliada, na segunda edição do livro, de 1978.

prejudicar a sua saúde e a de sua família e que seu direito provém do que a ação de B ameaça um interesse especialmente que ele tem direito de ver protegido pela sociedade. Desse modo, A apela às consequências do ato de B como um argumento de que A tem direito a que o ato não seja praticado. Sem dúvida, este apelo às consequências não converte seu argumento original num argumento de política. Se pensássemos assim, estaríamos incorrendo no erro de pressupor que, como os argumentos de política voltam nossa atenção para as consequências de ter ou não uma regra específica, qualquer argumento que volte nossa atenção para as consequências deve ser um argumento de política (DWORKIN, 2002, p. 453).

Nesse contexto, o fato de um argumento apelar para as consequências do ato não o transforma, necessariamente, em *policy*. Essa conclusão abre caminho para compreensão da eficiência como princípio.

No plano jurídico, especificamente, processual, a eficiência normalmente é associada à gestão e gerenciamento do processo, que é realizado pela atividade jurisdicional, mediante despachos, decisões, sentenças e acórdãos. Além disso, a eficiência – na forma aqui tratada desde o primeiro capítulo – tem seu conteúdo pautado por uma perspectiva notadamente qualitativa e não quantitativa e sua percepção é avaliada pela sua capacidade de distribuir direitos e recursos, dentro de um processo, mediante a decisão judicial.

Nas acepções de Pareto e Kaldor-Hicks, a eficiência leva em consideração o resultado dos arranjos distributivos de direitos e recursos. No caso de decisões judiciais que levem em conta a eficiência, perquirir se a decisão trará uma distribuição mais justa com resultado que favoreça a um sem prejudicar ninguém ou favoreça alguns, mas que possa compensar o prejuízo de outros, revela a natureza teleológica<sup>43</sup> do instituto. Da mesma forma, ponderar se a decisão judicial produzirá um resultado que maximize a riqueza da sociedade, revela o aspecto consequencialista da eficiência. Logo, o fato de possuir uma natureza teleológica não exclui da eficiência seu caráter de princípio jurídico.

---

<sup>43</sup> A teleologia (do grego τέλος, finalidade, e -logía, estudo) é o estudo filosófico dos fins, isto é, do propósito, objetivo ou finalidade. A teoria teleológica está diretamente ligada aos problemas da ação e da finalidade. A finalidade tem sido aceita por alguns filósofos e sábios (Platão, Aristóteles, Sócrates e São Thomaz de Aquino) e rejeitados por outros (Epícuro, Buffon, Comte). Em sua fórmula mais moderna, explicativa da vida social, demonstra que nem só a razão e nem só a experiência, mas ambas juntas podem esclarecer qual deve ser o rumo da atividade moral e jurídica humana. A teoria teleológica não pode – como é intuitivo – apresentar regras de detalhes à conduta humana. Há ações individuais que são completamente indiferentes à finalidade de seus autores, assim como há uma infinidade de atos em que a atitude do Direito é de completa indiferença. Segundo Carvalho Borges (1934), a teoria teleológica dá apenas uma direção geral à ação humana e não possui pretensão maiores. O princípio da finalidade, sem avançar em detalhes, deixa largo campo para observação das circunstâncias concretas da vida. No campo do Direito, como sustenta Carvalho Borges (1934), ele assume a posição culminante de um elevado ponto de vista criteriológico, que fornece o mais seguro subsídio para análise do direito positivo, corrigindo os excessos da elaboração jurídica artificial e, ao mesmo tempo, um guia infalível para o cientista penetrar na natureza das coisas, sem iludir-se com as aparências deformadoras da realidade social e jurídica.

O próprio Dworkin, ao comentar sobre princípios e políticas, chama a atenção dos leitores para o seguinte:

A distinção pode desmoronar se se interpreta que um princípio enuncia um objetivo social (a saber, o objetivo de uma sociedade na qual ninguém se beneficie de sua própria injustiça), ou se interpreta que uma diretriz enuncia um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que defende a diretriz é valioso) ou se se adota a tese utilitarista de que os princípios de justiça enunciam encobertamente objetivos (como o de assegurar a maior felicidade para o maior número de pessoas). Em alguns contextos, a distinção tem uma utilidade que se perde, se se deixa esfumar desta maneira (DWORKIN, 2002, p. 72-73).

Apesar de ser pontual, esse reposicionamento da teoria de Dworkin demonstra que a eficiência pode ser considerada um princípio jurídico que enuncie objetivos coletivos, como o de assegurar um maior bem-estar e desenvolvimento econômico e social. Essa é a segunda observação importante, a eficiência pode ser vista como um princípio que enuncia um objetivo coletivo.

A distinção formal entre princípios e políticas encontrada na teoria dworkiniana parece não ser mais razoável, principalmente, quando se analisa a aplicação de um padrão jurídico como fundamento de uma decisão judicial que visa à concretização de direitos fundamentais, sejam esses individuais ou coletivos.

Sarmiento (2007), em passagem interessante de um artigo intitulado *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*, assevera:

Na nossa opinião, a recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos não parece conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às Constituições Sociais. O personalismo, como se destacou acima, não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva.

Ademais, é importante lembrar que a distinção entre os direitos fundamentais e as diretrizes políticas, embora relevante, tende a esmaecer-se à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, que afirma que a efetivação desses direitos – não apenas os sociais, mas também os individuais e políticos – demanda a formulação e implementação de políticas públicas pelo Estado, e não meras práticas absenteístas (SARMENTO, 2007, p. 86-87).

A teoria que afirma que tanto a implementação dos direitos sociais como os direitos civis e políticos possuem seus custos e demandam a formulação e a implementação de políticas públicas, como referido por Sarmiento em seu artigo, foi objeto de estudo de Cass Sunstein e Stephen Holmes, no livro *O Custo dos Direitos: Por que a liberdade depende de Tributos* (2000) e teve grande repercussão nos Estados Unidos.

A primeira tese, defendida pelos autores, é de que mesmo alguns direitos básicos – como a liberdade de expressão e a liberdade de culto – não se satisfazem com a mera inação estatal. Em geral, os direitos são exigíveis através de um poder público que funcione normalmente e que disponha de orçamento adequado. Na prática, os direitos passam a ser mais que mera declaração moral quando se confere poder a organismos cujas decisões sejam juridicamente vinculantes. Na visão de Sunstein e Holmes (2011), os indivíduos que não vivem sob a tutela de governos capazes de cobrar impostos e encontrar soluções efetivas não têm direitos jurídicos. A ausência de Estado significa ausência de direitos. Para eles, “un derecho sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios” (SUNSTEIN e HOLMES, 2011, p. 38).

A segunda tese é uma crítica a um entendimento que foi, por muito tempo, considerada pelos tribunais como algo inquestionável, o que considera a distinção entre direitos positivos e negativos e que somente são custosos os direitos positivos, ou seja, os direitos sociais. Para os autores, “essa dicotomia tem deixado raízes profundas no pensamento e na opinião pública” (SUNSTEIN e HOLMES, 2011, p. 60).

Abramovich e Curtis (2002) também fazem uma abordagem crítica sobre os custos dos direitos negativos. Na visão dos autores:

(...) a realização e proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso de direitos sociais, seja nos direitos civis e políticos. Nesse sentido, recursos públicos são indispensáveis também para a proteção da liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação etc., já que a criação e a manutenção de instituições políticas, judiciárias e de segurança, necessárias para a garantia desses direitos, implicam gastos para o Estado (SILVA, 2008, p. 591).

Essa compreensão do custo de direitos é importante para o presente trabalho porque permite concluir que a visão estreita de que somente interesses coletivos poderiam ser abarcados por políticas públicas não deve mais prosperar em um ordenamento jurídico de índole constitucional impregnado por princípios.

Assim sendo, a distinção entre princípios, que tutelam direitos individuais e diretrizes políticas, que visam a interesses coletivos, embora relevante na teoria dworkiniana, tende a desaparecer à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, a qual afirma que a efetivação de todos esses direitos – não apenas os sociais, mas também os civis e políticos – demandam a formulação e a implementação de políticas públicas pelo Estado. Isso implica uma refutação de que a eficiência não é um princípio por visar a um interesse coletivo.

Essa percepção aproxima-se da compreensão de MacCormick e Posner. Como já observado anteriormente, MacCormick considera, dentro de sua perspectiva positivista e

institucionalista, a distinção entre princípios e políticas superficial, defendendo a tese de que muitas políticas, tal como denominaria Dworkin, implicam a observância de princípios.

Há de se ressaltar que a visão de MacCormick é positivista e, na sua opinião, princípios e políticas são padrões idênticos e pertencem a um sistema jurídico positivado, pois encontram-se validados por uma regra de reconhecimento. Apesar de se concordar com a visão de MacCormick de que princípios e políticas são padrões parecidos, discorda-se de sua teoria de que eles dependem de uma regra fundamental para validá-los.

Na visão de MacCormick, o princípio se origina do ordenamento jurídico e, portanto, não tem dimensão de moralidade. Nesse cenário, para o institucionalista, a eficiência poderia ser considerada um princípio decorrente do ordenamento jurídico, em razão de regra de reconhecimento. O conteúdo moral da eficiência, dentro de sua teoria, é irrelevante.

O fato é que se se compreender a eficiência da decisão judicial como algo desejável não somente para a Economia, mas também para o Direito, tem-se que tal questão pode ser considerada como uma questão de princípio. Se o fato de decidir sobre eficiência, enquanto diretriz de política pública, é também decidir sobre princípios, não há porque fazer uma distinção categorial entre princípios e políticas.

Posner tem essa compreensão. Ao se defender de seus críticos, o jurista de Chicago não descarta o caráter principiológico da eficiência, por possuir um valor ético e moral. Ele propõe que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas, sejam avaliadas em função de um objetivo coletivo, a maximização da riqueza social, que tem suporte ético e moral nos princípios de moralidade política como interesse e consentimento. Nesse cenário, interpretações do Direito que promovam a eficiência tendem a ser consideradas justas.

A concepção de Posner sobre princípio jurídico, como se observa, é mais ampla. Na sua visão, não é exigível que um padrão jurídico tenha uma categoria moral. Para ele, tanto princípio quanto política são algo comum que podem ser usados como fundamento da decisão judicial. Como visto no capítulo anterior, Posner compreende que muitos objetivos coletivos, desde a soberania nacional até a prosperidade e o seguro social, passando pela ordem pública, não são menos profundamente interligados à trama de nossa moralidade política do que os princípios que afirmam que devemos tratar igualmente os iguais e que nenhuma pessoa deve valer-se de sua própria torpeza. Para o jurista de Chicago, fazer distinção entre políticas e princípios e associar os direitos a estes, mas não àqueles, é arbitrário. “Não há fundamento para excluir os objetivos coletivos da determinação do escopo dos direitos subjetivos” (POSNER, 2007a, p. 320-321).

Nesse cenário, a eficiência, segundo Posner, pode ser considerado um princípio por considerar que não há como separar em categorias princípios e políticas e por entender que a eficiência da decisão judicial deve levar a melhor distribuição de riqueza como bem social. A distinção, para ele, não é importante. O importante é o melhor resultado da decisão. A visão mais ampla de Posner sobre padrões jurídicos permite concluir que sua teoria é que a melhor absorve a eficiência como princípio jurídico.

No artigo *A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law*, Posner (1981) defende sua Teoria da Eficiência do sistema *Common Law* a partir de críticas que ela passou a receber nos anos anteriores. Ele a descreve, na verdade, como duas teorias: a positiva e a normativa.

Para ele, o ramo positivo da teoria concebe que as regras e as decisões judiciais do *Common Law* seriam melhores se promovessem a alocação eficiente de recursos, pois a eficiência é definida como maximização da riqueza. O ramo normativo da teoria assevera que isso os juízes deveriam tentar fazer ao decidir casos do *Common Law*. Ele ressalta que os dois ramos são independentes, mas que se a teoria positiva estiver correta, a teoria normativa ganha mais apoio dela, mas somente se alguém acreditar que o sistema jurídico é uma fonte de discernimento ético.

Nessa seara, a eficiência, mesmo compreendida como um padrão que tem como escopo um objetivo social, possui força normativa de princípio jurídico, podendo servir como fundamento da decisão judicial. O fato de enunciar um argumento consequencialista com fins coletivos não exclui seu caráter principiológico. À luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, a visão estreita de que somente interesses coletivos poderiam ser abarcados por *policies* não deve mais prosperar em um ordenamento jurídico de índole constitucional alicerçado por princípios.

### 3.3 REFLEXÕES IMPORTANTES

Importante ressaltar que se se diz que a eficiência é um princípio e se está trabalhando com a Teoria de Dworkin vai se associar a ideia de princípio com a moral. Importante ressaltar que, na visão dworkiniana, o padrão jurídico do tipo princípio tem valor moral. Para Posner, inicialmente, quando trata do papel da eficiência no campo jurídico, ele faz uma defesa ética e moral, mas depois faz uma defesa epistemológica, questionando porque o Direito tem que fazer recurso a moralidade, se ele pode fazer recurso a sociologia, a economia.

Nesse momento, o jurista de Chicago faz a virada pragmática sustentando que a eficiência da decisão não é uma questão de epistemologia em si. Com efeito, o juiz tem que pensar, do ponto de vista pragmático, como a função jurisdicional possibilita uma melhor distribuição de bens e recursos. A defesa da eficiência feita por Posner, após a virada pragmática, é mais ampla e abrangente, ligada à moralidade política.

Isso é relevante, pois não se pode considerar a eficiência como princípio jurídico sem que esse princípio possa ser defendido em termos substantivos. A principal característica dos princípios substantivos é que a sua escolha deve justificar-se em termos morais e políticos, não podendo defender um sistema de interpretação no Direito, sem prepararmos uma defesa substantiva (SUNSTEIN, 2008, p 127-128).

Sustenta-se, assim, a hipótese de que a eficiência encontra sua base axiológica nos valores preconizados no Estado Democrático de Direito e sua base metodológica no reconhecimento de que é um padrão normativo da espécie de princípio jurídico.

No Brasil, “a eficiência econômica é um dos valores constitucionais que pode ser instrumentalizado em princípios dotados de força normativa dentro do paradigma de direitos fundamentais” (CASTRO, 2011, p. 97). De fato, na Constituição da República, as exposições do princípio da economicidade no Direito Econômico (art. 70, da CR) e do princípio da eficiência no Direito Administrativo (art. 37, da CR) anteciparam, em certa medida, a constatação de que a eficiência tem natureza de princípio e não de política.

A eficiência, conforme dispõe o art. 8º. do CPC/2015, é considerada norma que compõe a base para um processo civil justo, pois sua aplicação deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana. No âmbito especificamente do direito processual, a eficiência refere-se, notadamente, à gestão e ao gerenciamento processual, que são realizados pela atividade jurisdicional.

Se se considerar, na forma aqui tratada, a eficiência como um princípio jurídico de direito processual, haverá aqueles que entenderão seu conteúdo ligado à celeridade processual e à razoável duração do processo, em uma perspectiva eminentemente quantitativa: quantidade de tempo e quantidade de custos. Não é este o tratamento que se tem adotado ao longo desse trabalho, como já salientado no primeiro capítulo, quando se abordou os problemas metodológicos e axiológicos afetos à concepção de eficiência.

Na visão do professor italiano Michele Taruffo, da *Università degli Studi di Pavia*, a partir dos objetivos da decisão judicial, pode-se alcançar a definição da eficiência (TARUFFO, 2009, p. 247). Ele apresenta duas perspectivas sobre os objetivos da decisão

judicial: a primeira, como pura resolução do litígio, e a segunda, como uma resolução do litígio mediante decisões justas. Na linha de seu raciocínio, se se optar pela primeira perspectiva, a eficiência da decisão judicial será definida apenas em termos quantitativo de tempo e de custos do processo. Por outro lado, se se optar pela outra perspectiva, a eficiência da decisão judicial leva em conta à qualidade do conteúdo da decisão (CARVALHO, 2015, p. 275). Para os propósitos desse trabalho, a segunda perspectiva é a mais interessante, por estar diretamente ligada ao exercício da prestação jurisdicional e, indiretamente, com a tutela jurisdicional de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são considerados conquistas da civilização moderna e mesmo visões lúcidas e bem elaboradas no sentido de que a eficiência deve prevalecer sobre noções de justiça e equidade devem ser vistas com bastante reflexão, por muitas vezes considerar a eficiência como único valor ou critério decisório. Como visto no capítulo antecedente, a eficiência isoladamente considerada como único valor e critério decisório foi alvo de intensa crítica, obrigando Posner a flexibilizar sua compreensão da eficiência como fundação ética do Direito para admitir a eficiência, vista sob o critério de maximização da riqueza social, ao lado de diversos outros valores, inclusive, a justiça e a equidade.

Segundo o próprio jurista de Chicago, “a eficiência é altamente controversa quando vista como único valor a ser perseguido pelas instituições públicas, mas muito menos controversa quando vista como apenas um valor” (POSNER, 2007, p. 275). Essa mudança de percepção de Posner tornou sua compreensão do Direito mais pragmática. Em linhas gerais, segundo o pragmatismo jurídico defendido pelo autor:

[...] a missão do juiz pragmático é a decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, entre diversas outras (SALAMA, 2012, p. 25).

Com essa compreensão mais pragmática do Direito, com a qual se concorda, não se considera a eficiência como o valor único ou o mais importante a ser observado por ocasião da fundamentação da decisão, mas se sustenta a importância de o juiz, durante o processo interpretativo, aplicar a eficiência, como princípio jurídico. Agindo assim, acredita-se que o juiz estará justificando sua decisão em valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que a eficiência, assim compreendida, fornece uma luz para a análise da relação entre meios jurídicos e fins normativos. Como princípio de natureza teleológica, permite ao juiz e ao interprete do Direito ponderar se uma regra jurídica interpretada ou

aplicada de uma forma trará como consequência o fim pretendido. A eficiência como princípio tem valor ético e moral, pois o juiz tem o dever ético de tomar decisões que aloquem melhor os bens e recursos da sociedade.

No fim deste capítulo, portanto, sustenta-se que a eficiência é um princípio jurídico. Ela não poderia ser compreendida, como visto durante o decorrer do presente trabalho, à luz da teoria de Dworkin ou até mesmo de MacCormick, mas somente a partir da visão juseconomômica e pragmática de Posner, por ter compromisso com as necessidades humanas e sociais e visar a um resultado socialmente desejável e benéfico capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais e produzir uma melhor distribuição dos bens e recursos.

O fato de se compreender a eficiência como princípio jurídico permite uma resposta para aqueles que adotam a teoria dworkiniana. Porém, é importante destacar que mesmo que a eficiência não fosse princípio, ainda assim deveria ser assegurada como uma política. De um modo ou de outro, a eficiência certamente tem caráter e valor jurídico e pode ser utilizado pelo juiz como fundamento da decisão judicial.

Na decisão judicial de casos complexos, não é incomum perceber que os juízes não se limitam a aplicar regras gerais a casos concretos. O Supremo Tribunal Federal, a cada ano, vem lidando e decidindo questões controversas, que envolvem, além de outras, situações como fornecimento pelo governo de medicamentos e tratamentos de alto custo e oferecimento obrigatório de vagas nas escolas públicas para atendimento de crianças em idade escolar.

Para lidar com questões complexas como estas, os juízes usam não somente argumentos de subsunção de regras, mas também argumentos de princípios. Nesses casos difíceis em que as decisões geram impacto sobre o desenvolvimento econômico e social, aplicar um princípio teleológico, como o da eficiência, ajuda no encaminhamento de soluções mais justas.

No próximo e último capítulo, a partir da apresentação de um caso complexo envolvendo grave situação de inconstitucionalidade ligada ao sistema carcerário nacional, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, pretende-se demonstrar como a eficiência pode ser aplicada como um princípio jurídico.

#### **4 A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL RELATIVA AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Neste capítulo, baseado na tese antes desenvolvida de que a eficiência é um princípio jurídico, será analisado o julgamento da medida cautelar em ADPF 347 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se decidiu pela determinação de realização de audiências de custódia para prisões provisórias e de liberação e proibição de contingenciamento dos recursos do fundo penitenciário nacional para enfrentamento da situação de grave inconstitucionalidade no sistema penitenciário brasileiro. O seu estudo é útil porque demonstra como o princípio da eficiência pode ser utilizado como fundamento jurídico para decisões judiciais. Importante destacar, desde logo, que se pretende trabalhar com a hipótese de que a eficiência, enquanto princípio, serviu de *ratio decidendi* do julgado e não apenas como um argumento periférico, qualificado como *obiter dictum*. Vislumbra-se, em consequência, que a eficiência, mesmo não podendo ser considerada como fundamento principal do julgado, pode ser tida como fundamento importante.

Como apresentado no capítulo anterior, a eficiência pode ser considerada como um padrão jurídico do tipo princípio, por possuir valor ético e moral. A eficiência, nos termos propostos na presente dissertação, apresenta-se como um princípio teleológico que busca a promoção de uma meta social. A sua adoção como fundamento jurídico não importa em prejuízo para o reconhecimento da fundamentalidade de um direito, mas impõe a análise consequencialista da decisão caso a tutela do direito possa ser concedida. Em casos envolvendo o controle judicial de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais, o uso da eficiência como princípio jurídico releva-se adequado ante a tomada de decisão para efetividade de direitos e alocação de bens e recursos em situação de escassez.

No decorrer do presente trabalho, foram pesquisados diversos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2015 e 2017 relativos à concretização de direitos fundamentais e que envolvesse eventual análise consequencialista da decisão judicial. A escolha do julgado para estudo do caso deveu-se à complexidade da matéria constitucional, envolvendo uma série de temas relevantes como controle judicial de políticas públicas, possível ofensa ao princípio da separação de poderes, intervenção judicial em situação de grave violação de direitos fundamentais, estado de coisas inconstitucional, fundamentalidade e custo dos direitos sociais e escassez de recursos. Dos julgados proferidos durante o período de investigação, este foi um dos que mais se utilizou de expressões como eficiência, deficiência e ineficiência.

A análise do julgado, como se verá, demonstra que, em decisões complexas dessa natureza, os julgadores além de usar argumentos de regras, usam argumentos de princípio como fundamento da decisão judicial. Além disso, avaliam as consequências de suas decisões frente aos demais poderes constituídos e à sociedade. Nesse contexto, como se verá no decorrer do capítulo, a maioria dos julgadores, em seus votos, fizeram análise consequencialista da decisão judicial, inclusive, reportando-se aos custos e benefícios da decisão judicial.

Conforme será descrito, nenhum dos ministros do STF, durante o julgamento, fez referência à doutrina dos dois teóricos estadunidenses estudados nesse trabalho, mas mostra-se claramente, em determinados trechos dos votos, a preocupação com a melhor interpretação do direito constitucional vigente para decidir o caso e, algumas vezes, uma atenção a melhor consequência da decisão judicial do caso para o poder público e para a sociedade.

#### 4.1 O MÉTODO DO CASO E O ESTUDO DE CASO

Antes de adentrar propriamente no estudo do julgado selecionado para análise, revela-se importante esclarecer como se desenvolve a pesquisa de estudo do caso.

Importante destacar, de início, que há uma divergência na doutrina acerca da concepção do estudo de caso e sua distinção do método-caso. O método-caso, *case method*, *case law* ou método do caso, é um instrumento de pesquisa para fins pedagógicos em que, a partir da descrição do caso, o professor delibera o que fazer sobre o caso, definindo o problema e a solução ou soluções que podem ser apresentadas.

O método do caso, em síntese, implica uma inversão da exposição dedutivista para um indutivismo conceitual e teórico. Na visão de Simões (2003):

No método do caso a exigência primordial é a de que tenhamos ideias e possamos sustenta-las a cada análise proposta. Em termos de Direito o método do caso tende, pela sua natureza, a ressaltar mais a coerência e segurança argumentativa que propriamente as respostas ensaiadas, típicas do dogmatismo deformante que grassa pelas nossas faculdades desde sua germinação, a exigir únicas e verdadeiras conclusões para questões abertas sobre as quais os tribunais e a doutrina divergem. (SIMÕES, 2003, p. 22).

Para Simões (2003), a aplicação do método do caso pode se dar de três formas no campo da ciência do Direito: o estudo de casos, a simulação de situações e o desenvolvimento de projetos orientados.

Essa compreensão difere do entendimento de Menezes (2009), para quem o método-caso e o estudo de casos são conceitos bem distintos, não podendo se falar que este é uma forma de aplicação daquele. Para Menezes (2009), o método-caso não se trata propriamente

de uma metodologia de pesquisa, como vem a ser o estudo de caso, mas uma ferramenta pedagógica utilizada na formação de advogados, juristas, administradores. “O uso do estudo de caso, por sua vez, é um método de pesquisa científica e não ocorre por ser o mais fácil ou mais simples. Ao contrário, exige um planejamento e rigor científico” (MENEZES, 2009, p. 131).

Nessa dissertação, trabalha-se com a segunda compreensão, ou seja, a de que apesar de serem próximos, método-caso e estudo de casos são termos distintos. Não se pode olvidar que o método-caso é apenas uma ferramenta pedagógica a serviço do ensino acadêmico, enquanto o estudo de caso é um método de pesquisa tradicional.

Ressalte-se que o estudo do caso é um dos métodos mais utilizados em pesquisas, apesar de existirem quanto a ele algumas críticas, essencialmente referentes à impossibilidade de lhe conferir um rigor científico. Yin (2001, p. 35) enfatiza que “o estudo de casos, como outras estratégias de pesquisa, representa uma maneira de se investigar um tópico empírico, seguindo-se um conjunto de procedimentos pré-especificados”.

O referido autor ressalta que o pesquisador pode optar por um estudo de caso único ou múltiplo. Para Yin (2001, p. 67), o estudo de caso único é possível “se o caso se constituir em um evento raro ou exclusivo ou servir a propósito revelador”.

Na presente dissertação, trabalha-se com a forma de estudo de caso único, particularmente, da decisão do STF sobre a medida cautelar da ADPF 347 MC/DF, através da leitura e discussão dos votos dos julgadores. Nessa abordagem, a decisão já está tomada e o enfoque reside na análise da confrontação dos argumentos e elaboração da decisão judicial final.

Como dito anteriormente, a escolha do julgado surgiu a partir da pesquisa de vários julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2015 e 2017, relativos à concretização de direitos fundamentais e que envolvesse eventual análise consequencialista da decisão judicial. Dentre os casos pesquisados, o julgado a ser estudado revela de forma clara o uso de argumentos de eficiência nos votos dos ministros da suprema corte.

A escolha do julgado para estudo do caso deveu-se à complexidade da matéria constitucional, envolvendo uma série de temas relevantes dos quais se destaca o necessário controle judicial de políticas públicas envolvendo a efetividade de direitos fundamentais.

Dos votos, serão analisados a definição do problema jurídico, os conceitos relacionados ao problema, a disposição dos conceitos na construção dos argumentos jurídicos,

a correlação lógica e sistêmica entre os argumentos e o nexos entre seu desenvolvimento e a conclusão.

No caso da ADPF 347/MC/DF, será analisado o inteiro teor do acórdão. Como assevera Simões (2003, p. 30), “os acórdãos são o melhor objeto para o estudo de casos pelo fato de que apresentam, nos melhores casos, visões diversas e divergentes, assim como são o modelo completo de decisão jurídica”.

Para o estudo do caso, importa tanto conhecer e discutir profundamente a decisão do acórdão quanto à sua formação e, igualmente, os votos divergentes, com objetivo de centrar o estudo na construção e na confrontação de teses argumentativas apresentadas pelos julgadores, sem se limitar a escolha fechada de soluções de Direito (SIMÕES, 2003).

Nesse diapasão, pretende-se investigar os principais fundamentos da decisão do STF, não somente aqueles que podem ser considerados a *ratio decidendi*, mas também eventuais *obiter dicta* do julgado e verificar se o princípio da eficiência serviu de *ratio* no julgado.

Pois bem. A despeito de não haver unanimidade quanto ao conceito e a forma de extração da *ratio*, nem como ela pode ser encontrada, alguns teóricos trouxeram contribuições importantes para o enfrentamento da questão, dentre os quais se podem destacar Eugene Wambaugh, Herman Oliphant e Arthur Goodhart.

De acordo com Marinoni (2016), Wambaugh propôs um teste a fim de diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Para o autor, é necessário que seja formulada uma proposição de direito e inserir nesta proposição palavra ou expressão que altere seu significado, e, ao final, verificar se a mudança da proposição gera uma mudança da decisão final tomada pelo Tribunal, de modo a conduzi-la para o sentido diametralmente oposto. Com isso, verifica-se se a nova proposição repercutiu na mudança da decisão ou não. Se a decisão for alterada também, a proposição é *obiter dictum*. Caso a decisão tenha permanecido a mesma, a proposição é *ratio decidendi*. Assim, a *ratio decidendi*, para Wambaugh, consiste na proposição ou regra geral sem a qual o caso seria decidido em sentido oposto (SOUZA, 2013, p. 126).

Não obstante tenha contribuído em grande maneira para a teoria dos precedentes, o teste de Wambaugh sofreu inúmeras críticas. Marinoni (2016, p. 164) explica tal crítica, afirmando que o teste não pode ser aplicado de maneira satisfatória em casos que se baseiam em dois fundamentos que podem conduzir à mesma decisão, mesmo que considerados isoladamente, uma vez que isto resultaria sempre na consideração de que todos os

fundamentos seriam *obiter dicta*, pois quando um dos fundamentos fosse testado, o outro impediria a modificação da decisão, então nenhum seria necessário à decisão.

Em relação à teoria de Oliphant, autor realista norte-americano, destaca-se seu ceticismo quanto à possibilidade de determinação da *ratio decidendi*, pois segundo o autor, ela não é exposta de forma adequada pelo julgador e não vincula os juízes posteriores devido à sua ausência de formatação, de modo que as decisões dos tribunais seriam resposta ao estímulo das partes, baseadas em razões que não são as razões reais à solução do caso. (MACÊDO, 2017, p. 236).

Goodhart, por sua vez, contribuiu de forma significativa às discussões sobre *ratio decidendi*, notadamente, a partir de seu método de extração da *ratio decidendi*. Este método coloca em relevo a diferença entre fatos materiais e imateriais, que seriam os fatos determinantes e os não determinantes à decisão. Conforme a lição de Marinoni (2016), o método de Goodhart dá ênfase à verificação dos fatos materiais de um caso.

Para Goodhart (1930, p. 168), “[s]ince, therefore, the principle of the case is not necessarily found in either the reasoning of the court or in the proposition of law set forth, we must seek some other method of determining it”<sup>44</sup>. Dessa forma, a solução dada por Goodhart (1930, p. 166) para determinar a *ratio decidendi* dos casos pode ser compreendida como: “in determining the principle of a case, we are bound by the judge’s statement of the material facts on which he has based his judgment”<sup>45</sup>.

Goodhart (1930), inclusive, critica a concepção de Oliphant, afirmando haver uma falácia no argumento do autor realista, que consiste na presunção de que os fatos do caso são constantes e a conclusão do juiz é baseada na premissa de um dado conjunto de fatos, o que Goodhart contesta, porque os fatos são relativos, podendo ser vistos de maneira diferente por diferentes pessoas.

Ao comentar o método de Goodhart, Marinoni (2016), afirma que ele consiste em o juiz determinar todos os fatos do caso, a fim de identificar quais foram os fatos materiais para a decisão, de modo que a *ratio* é identificada por intermédio da análise dos fatos materiais somados à decisão que se baseou nestes fatos.

O método de Goodhart, entretanto, não ficou isento de críticas. Duxbury (2008) explica uma das principais críticas direcionadas a Goodhart, que consiste em dizer que mesmo que Goodhart tenha levado em consideração a importância de olhar para a fundamentação,

<sup>44</sup> “Visto que, então, o princípio do caso não é necessariamente encontrado nem nas razões da corte ou na proposição de direito apresentada, precisamos buscar algum outro método para determiná-lo” (tradução nossa).

<sup>45</sup> “Ao determinar o princípio do caso, estamos vinculados pela opinião do juiz sobre os fatos materiais nos quais ele baseou sua decisão” (tradução nossa).

como forma de ajudar a determinar quais os fatos o juiz considerou como materiais, a fundamentação é importante, também, para sabermos o porquê tais fatos foram considerados materiais, como forma de tentarmos descobrir o que a corte tinha em mente ao selecionar esses fatos como materiais.

Dessa forma, resta evidente a diversidade de concepções sobre a *ratio decidendi*, tendo em vista que não há uma concepção unívoca na doutrina. Isto mostra que além da dificuldade de se encontrar um conceito e uma forma de extração da *ratio decidendi*, existem decisões que não possuem *ratio* ou possuem mais de uma *ratio*. Existem julgados em que há ausência de *ratio decidendi*, por ser difícil a identificação de uma *ratio* devido à fundamentação insuficiente, que não estabelece uma proposição de direito, nem implicitamente, o que faz com que tais decisões sejam desprovidas de autoridade obrigatória (SOUZA, 2013, p. 139).

As decisões que possuem duas *rationes*, por outro lado, são aquelas em que “cada uma das *rationes* é considerada suficiente para se chegar à solução do caso” (MARINONI, 2016, p. 174). Contudo, como ressalta Souza (2013, p. 138), “a opinião amplamente dominante é de que todas as *rationes* obrigam, não podendo o tribunal, em caso posterior escolher simplesmente uma dentre elas como obrigatória e relegar a(s) outra(s) à qualidade de *dictum*”.

A existência desses tipos de decisões corrobora à falta de concordância acerca do tema. Ainda assim, a partir do cotejo entre as lições desses autores, pode-se chegar a conclusão que a *ratio decidendi* pode significar tanto fundamento da decisão como fundamento para decidir. Nessa perspectiva, em muitos casos poderão existir mais de um fundamento jurídico que pode servir como *ratio*. Nesse ponto, a crítica ao método de Wambaugh parece razoável. Adota-se como parâmetro nessa dissertação, para o estudo do caso, o método de Goodhart, por colocar em relevo os fatos determinantes da decisão para extração da *ratio decidendi*.

Marinoni (2016) adequa esse entendimento ao contexto brasileiro, afirmando que o significado do precedente deve ser buscado não somente na fundamentação, visto que o relatório e a parte dispositiva também são importantes na busca da *ratio decidendi*. Portanto, nem o relatório, a fundamentação ou o dispositivo da decisão carregam a *ratio decidendi* isoladamente, em que pese, segundo o autor, o sentido do precedente esteja essencialmente na fundamentação.

O entendimento desses autores, portanto, leva a uma conclusão comum: a *ratio decidendi* não se restringe à fundamentação principal da decisão, ainda que nela possa ser encontrada. Na experiência brasileira, Marinoni (2016) destaca que o STF tem adotado há

algum tempo, em sede de ADI, a chamada eficácia transcendente da motivação, afirmando a existência de motivos determinantes da decisão, os quais possuem a eficácia vinculante ou transcendente.

Sob essa perspectiva, passa-se a estudar o caso da ADPF 347 MC/DF, com objetivo de demonstrar que a eficiência, enquanto princípio, serviu de *ratio decidendi* do julgado e não apenas como um argumento periférico, qualificado como *obiter dictum*. Trabalha-se, desde logo, com a hipótese de que a eficiência, mesmo não podendo ser considerado o fundamento principal do julgado, pode ser tida como fundamento importante. A hipótese revela-se possível, como visto, se se considerar a possibilidade de haver mais uma *ratio decidendi* e não apenas uma, como se pode presumir em uma visão superficial do julgado.

#### 4.2 APRESENTAÇÃO DO CASO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347/MC/DF), com pedido de medida cautelar liminar, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 2015, com intuito de que fosse reconhecida a possível configuração do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro.

Segundo o relator do acórdão, o Ministro Marco Aurélio, a inicial foi alicerçada em representação formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Clínica UERJ Direitos). Os argumentos que embasaram a inicial são os seguintes. O autor da ADPF sustenta que o quadro grave do sistema penitenciário resulta de uma multiplicidade de atos comissivo e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluindo os de natureza normativa, administrativa e judicial.

Consoante constam na petição inicial da ADPF, os órgãos administrativos do Poder Executivo violam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição. No âmbito dos recursos orçamentários, a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de encontrarem-se disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro.

O Poder Judiciário, conforme aduz o autor da ação, não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos,

nos quais é previsto o direito à audiência de custódia, a qual poderia reduzir a superlotação prisional. Sustenta a sistemática ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão, assim como a definição e execução da pena sem serem consideradas as condições degradantes das penitenciárias brasileiras.

O Poder Legislativo, por sua vez, estaria, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade. Faz referência à produção de “legislação simbólica”, expressão de populismo penal.

No caso, alega estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.

O autor da ação postulou o deferimento de liminar em medida cautelar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão

carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (STF, Informativo Mensal de Setembro de 2015).

Após três sessões plenárias finalizadas em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da medida cautelar proposta pelo autor da ADPF. Durante o julgamento, debateu-se a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridos pelos presos em decorrência de ações e omissões dos poderes executivo, legislativo e judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Ao final, o Colegiado deliberou, por decisão majoritária, deferir a medida cautelar em relação ao item “b”, referente à audiência de custódia. A Ministra Rosa Weber acompanhou essa orientação, com a ressalva de que fossem observados os prazos fixados pelo CNJ. Vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso e Teori Zavascki, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo para se realizar as audiências de custódia. O Tribunal decidiu, também por maioria, deferir a cautelar no tocante à alínea “h”, referente ao fundo penitenciário nacional. Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam o prazo de até 60 dias, a contar da publicação da decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que fora determinado. O Plenário, também por maioria, indeferiu a medida cautelar em relação às alíneas “a”, “c” e “d”. De igual modo indeferiu, por decisão majoritária, a medida acauteladora em relação à alínea “e”. O Tribunal, ademais, rejeitou o pedido no tocante ao item “f”. Por fim, no que se refere à alínea “g”, o Plenário, por maioria, julgou o pleito prejudicado. Por fim, o Colegiado, por maioria, acolheu proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de que se determinasse à União e aos Estados-Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhasse à Corte informações sobre a situação prisional (STF, Informativo Mensal de Setembro de 2015).

Em síntese, o Plenário do STF entendeu que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos

Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o FUNPEN, teriam sido transgredidas.

Em relação ao FUNPEN, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. A corte suprema destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os presídios brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em criminosos perigosos. A prova da ineficiência do sistema, como política de segurança pública, estaria nas altas taxas de reincidência, visto que o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves (STF, Informativo Mensal de Setembro de 2015).

O STF também consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. O Pleno ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação.

O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, “caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados” (STF, Informativo Mensal de Setembro de 2015, p. 44).

A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbiria, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. “Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente” (STF, Informativo Mensal de Setembro de 2015, p. 44). Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas.

No tocante à cautelar de ofício proposta pelo Ministro Roberto Barroso, o Colegiado do STF frisou que o Estado de São Paulo, apesar de conter o maior número de presos atualmente, não teria fornecido informações a respeito da situação carcerária na unidade federada. De toda forma, seria imprescindível um panorama nacional sobre o assunto, para que a Corte tivesse elementos para construir uma solução para o problema (STF, Informativo Mensal de Setembro de 2015).

Esses foram os principais argumentos utilizados pelo STF para decisão da medida cautelar pleiteada. O mérito da ADPF ainda está pendente de julgamento. Com essa sinopse, na seção seguinte, serão analisados os votos proferidos no julgamento para identificar a eventual técnica utilizada pela corte constitucional no emprego da eficiência como fundamento da decisão judicial.

#### 4.3 OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS DO JULGAMENTO

As questões norteadoras, que servirão de base para o presente estudo de caso, derivam não apenas do voto do relator, mas também dos demais votos apresentados durante o julgamento. Elas são as seguintes: O reconhecimento da grave violação de direitos fundamentais dos apenados do sistema penitenciário foi o fundamento suficiente para decisão? Se negativo, a análise da falta de eficiência (ou de deficiência) do sistema penitenciário como fator não apenas de violação dos direitos dos apenados, mas também como gerador de aumento da insegurança social pela reincidência, teve tratamento relevante

nos argumentos dos julgadores? A decisão teve como propósito, além do reconhecimento da grave violação de direitos dos apenados, a busca de uma solução eficiente para minimizar o grave problema do sistema penitenciário e, em consequência, reduzir a insegurança social? Se positivo, pode-se considerar a análise da eficiência da decisão como *ratio decidendi*?

Pois bem. O Ministro Marco Aurélio, relator, inicia seu voto sustentando que a questão das condições problemáticas dos presídios brasileiros está na ordem do dia do STF. Há vários julgados sobre a matéria pendentes de decisão definitiva da Corte Superior, entre eles, um Recurso Extraordinário em que se discute se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições insalubres (REx No. 580.252/MS). Há, também, uma ADIN No. 5.170/DF, que trata da mesma matéria. Além disso, tem um Recurso Extraordinário (REx No. 641.320/RS), com repercussão geral, em que o STF debate se o condenado, em regime semiaberto, pode cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional. A ADPF 347 MC/DF, por sua vez, envolve a problemática do dever do Poder Público construir novos presídios ou realizar melhorias nos existentes e, além disso, dar uma interpretação e aplicação das leis penais e processuais penais de modo a “minimizar a crise carcerária”.

Nota-se, desde logo, que a decisão, além de forte preocupação com a tutela de direitos fundamentais, tem o escopo consequencialista de minimizar a crise do sistema carcerário.

No início do seu voto, o Min. Marco Aurélio destaca aquilo que considera a raiz de todos os problemas do sistema carcerário, a superlotação. Segundo investigações, em maio de 2014, a população carcerária, maioria de pobres e negros, era de 711.463 presos, incluídos 147.397 em prisão domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Considerado o total, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo. Tal situação gera uma série de violações a dignidade humana dos presos e apenados, como sujeição a violência física e sexual, a celas imundas e insalubres, a proliferação de doenças infectocontagiosas, assim como dominação dos cárceres por organizações criminosas, discriminação social, racial, de gênero e orientação sexual.

Nessa toada, a conclusão é que no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade e à integridade física e psíquica. Além disso, o sistema prisional não serve à ressocialização dos presos, pois em razão das condições insalubres e da exposição ao domínio do crime organizado, as taxas de reincidência são altas.

Para o relator, a responsabilidade pelo estágio atual do sistema não é apenas de um Poder, mais dos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, não só no âmbito da União, como dos Estados e do Distrito Federal. A reponsabilidade do Executivo e do Legislativo decorre da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de obrigações previstas na Lei de Execução Penal e na Lei do Fundo Penitenciário Nacional. Os Poderes, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e mostrando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. No que tange ao Judiciário, sua responsabilidade, segundo o relator, decorre da manutenção de elevado de número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciada a inadequada assistência judiciária (STF, ADPF 347 MC/DF).

Na visão do Min. Marco Aurélio, a forte violação de direitos fundamentais permite ao STF utilizar argumentos consequencialistas na decisão. “Cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo” (STF, ADPF 347 MC/DF, p. 31). Trata-se de uma abordagem de custo e benefício da decisão judicial, visto que, segundo o relator, a intervenção judicial deve buscar minimizar a deficiência do sistema penitenciário, em vez de agravá-lo. Há uma forte preocupação com as consequências da decisão judicial, dada a forte violação de direitos fundamentais dos presos e apenados, alcançando à dignidade da pessoa humana. Essa posição do voto do Relator demonstra a técnica jurídica adotada pelo STF e o efetivo emprego normativo da eficiência como fundamento da decisão judicial.

Superando o uso do princípio da separação de poderes e colocando-se a favor do controle judicial de políticas públicas, o Relator sustenta que a intervenção judicial se mostra legítima ante a paralisia dos poderes políticos para o enfrentamento do problema. Essa inércia do poder público parece ser justificada pela pouca pressão da opinião pública. “A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento” (STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 33). Comparada com a saúde pública, que sofre dos mesmos defeitos estruturais sérios, mas tem forte apelo popular para a busca de soluções, o sistema penitenciário enfrenta o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*), não alcançada a necessária atenção dos legisladores e governantes para resolver esse grave problema de violação de direitos fundamentais.

O relator reconhece que os ministros do STF não podem prescindir da confiança popular acerca da legitimidade de suas decisões, mas essa atenção não pode implicar

“desprezo aos mais relevantes princípios e regras da Carta Federal” (STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 34). Ante a ausência de políticas públicas eficientes elaboradas e implementadas pelo Executivo e Legislativo, pode o Judiciário intervir para solução do problema. Na visão do Relator, no sistema prisional brasileiro, são violados vários preceitos constitucionais, entre eles direitos individuais e sociais no patamar do mínimo existencial. Com isso, promove-se, indiretamente, o aumento da criminalidade, o que é nocivo para toda a sociedade.

Nesse aspecto, a superlotação carcerária e a consequente violação dos direitos fundamentais dos presos e apenados geram uma externalidade negativa para a sociedade, o aumento da criminalidade. Essa situação une dois pontos de vistas aparentemente antagônicos, o liberal igualitário e o utilitarista. Como bem ressaltado pelo Relator:

Tanto do ponto de vista liberal da dignidade inerente a todos os seres humanos, quanto sob o ângulo utilitarista da maximização do bem-estar dos membros da sociedade, a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária (STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 35).

No tocante ao possível obstáculo da intervenção judicial em razão do princípio da separação de poderes e da alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, o relator, utilizando-se de um argumento que traz a eficiência ao patamar de fundamento da decisão sustenta que as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes recomenda a necessária intervenção judicial.

É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso (STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 35-36).

Trata-se de uma justificativa de intervenção baseada não apenas em razão da proteção de direitos fundamentais, mas também na busca de uma solução eficiente que busque a maximização da riqueza e bem-estar social, na perspectiva de redução das externalidades negativas provocadas pelo aumento da criminalidade decorrente da crise no sistema penitenciário.

Salta aos olhos, com clareza solar, a invocação da eficiência como *ratio* da decisão judicial feita pelo relator para o deslinde do caso posto em julgamento. Ele ressalta, contudo, que o controle judicial, nas políticas públicas em busca de soluções eficientes, deve ser feito com equilíbrio, atuando o STF como um coordenador institucional.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República. Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como estaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador” (STF, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 36-37).

Esse é mais um argumento consequencialista, visto que o julgador visualiza a consequência da decisão e a repercussão dela em relação aos demais Poderes e opta por propor que o STF realize o papel de coordenador institucional e não de implementador de políticas públicas. Na sua visão, essa é a solução mais eficiente para o enfrentamento da questão. Trata-se de uma decisão, nos termos do voto do relator, que visa a retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a eficiência das soluções determinadas.

A despeito da fundamentação desenvolvida pelo relator alcançar todo o conjunto de pedidos formulados pelo autor da ação constitucional, a apreciação do caso se limitou aos oito

pedidos de natureza cautelar, sendo que sete deles versavam sobre a interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal pelos juízes e tribunais e um tratava de medida orçamentária afeta à União. Em resumo, as medidas cautelares, se fossem deferidas nos termos propostos na inicial, afetariam mais a atuação do Poder Judiciário do que a dos outros Poderes.

O relator, como já ressaltado no item anterior, deferiu cinco dos pedidos e indeferiu três. Dos pleitos analisados, cabe destacar, para os propósitos do presente trabalho, o segundo pedido concernente à audiência de custódia. Ao enfrentar a questão, ficou claro que o Relator voltou a usar uma análise da eficiência da decisão.

Segundo o Min. Marco Aurélio, a medida além de dar eficácia aos artigos 9.5 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, conduz, de início, a diminuição do risco de aumento da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a prisão cautelar – o custo médio individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A análise econômica desse trecho da decisão permite concluir que o relator considerou o risco de aumento da superlotação carcerária e, ante o risco, preferiu tomar uma decisão que o reduzisse, trazendo maior benefício ao sistema prisional. Nesse cenário, em sendo obrigatória a realização de audiência de custódia para manutenção de uma prisão provisória, a probabilidade de um juiz criminal aplicar uma medida cautelar diversa da prisão tenderia a ser maior, o que levaria a um resultado eficiente, do ponto de vista do risco de aumento da superlotação carcerária.

Além disso, o voto do relator considerou o custo orçamentário de uma prisão cautelar e na expectativa de que, sendo realizada a audiência de custódia, a probabilidade de manutenção de prisões tende a ser menor, o que levaria a um resultado eficiente, do ponto de vista do custo social das prisões cautelares. O raciocínio lógico é que a custódia de um preso no sistema penitenciário exige recursos públicos. Quanto menor o número de prisões cautelares, menor os gastos públicos decorrentes da tributação para garantir a integridade física e psíquica do preso durante o período de encarceramento provisório.

Outro pleito que merece atenção é o referente ao último pedido que trata da proibição de contingenciamento dos recursos orçamentários previstos no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. O relator, ao considerar que esses recursos são mal aplicados, dado que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada, visualizou que essa má gestão do fundo contribuiu para ineficiência do sistema prisional, visto que “os valores não utilizados

deixam de custear não somente reformas dos presídios ou a construção de novos, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere” (ADPF 347 MC/DF), p. 40).

As cinco medidas cautelares deferidas pelo Relator são claramente de caráter normativo (dever-ser) em relação às demais instâncias judiciais e à União. Trata-se de argumentos claros, de caráter deontológico, a exigir uma mudança de comportamento de juízes e tribunais, no âmbito do Poder Judiciário, e gestores e administradores, no âmbito do Poder Executivo, e também teleológico, ao buscar tornar menos deficiente o Sistema Penitenciário.

Há, nesse sentido, tendo em vista a preocupação com a eficiência da decisão judicial, uma clara intensão no voto do Relator em formular obrigações de fazer que visem a tornar menos oneroso e menos penoso o sistema carcerário então vigente.

#### 4.4 OS DEMAIS VOTOS E OS DEBATES

Os votos e os debates que se seguiram ao voto do Min. Marco Aurélio revelam também o emprego da eficiência como fundamento para solução de questões constitucionais, envolvendo o controle judicial de políticas públicas.

O Ministro Edson Fachin corrobora, em grande parte, os argumentos apresentados no voto do Relator. Em relação ao seu voto, pode-se destacar a forte crítica que o julgador fez ao papel do Legislativo e Executivo quanto à implementação de políticas públicas que visem à concretização dos direitos dos encarcerados. O julgador destaca a omissão de tais poderes e diante desse quadro vê a necessidade de atuação do STF como um poder contramajoritário para garantir os direitos fundamentais de uma classe minoritária excluída, no caso, os presidiários.

Após apresentar um relatório do INFOPEN sobre o sistema penitenciário que mostra uma população carcerária em 2014 de 607.731 presos para 376.669 vagas no sistema prisional, revelando um déficit de 231.062 vagas (taxa de ocupação de 161%), o julgador apresenta a tese de que os estabelecimentos prisionais funcionam como verdadeiras instituições segregacionistas de grupos em situações de vulnerabilidade social como os negros, as pessoas com deficiência e os analfabetos e que não há demonstração de que essa segregação objetive reintegrá-los à sociedade, tendo em vista a contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.

O Min. Edson Fachin, após reconhecer que o sistema prisional brasileiro revela um “estado de coisas inconstitucional” e que tal situação decorre do descaso anos a fio com a efetividade de normas constitucionais e penais, sustenta que o problema não é de eficácia normativa da legislação nacional, mas sim de efetividade. “É imperativo que se reconheça a ineficiência do Estado em garantir a dignidade dos presos para que efetivamente se proteja a dignidade dos presos” (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Edson Fachin, p. 65). O julgador reconhece a ineficiência do Estado em resolver a questão, por isso admite a legitimidade do STF para conceder a medida cautelar pleiteada pelo autor da ADPF. Apesar de não deixar claro em seu argumento, o Min. Edson Fachin mostra no bojo do seu voto uma análise consequencialista da questão posta em julgamento e a necessidade de se tomar uma decisão que torne menos deficiente o sistema carcerário e proteja os direitos fundamentais dos presos e apenados.

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca. (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Edson Fachin, p. 58)

Vislumbra-se também, em certo aspecto, o uso da eficiência como fundamento de seu voto, eis que o argumento utilizado pelo julgador faz análise de custo-benefício (essa no viés restrito de minimização de desperdícios de recursos para um sistema que em vez de recuperar uma parcela da sociedade, degenera-a). A sociedade tem um sistema penal que além de não utilizar de forma eficiente os recursos do FUNPEN, viola gravemente os direitos dos apenados.

Conclui o Min. Edson Fachin, ao deferir os pedidos relativos à realização imediata de audiência de custódia para presos provisórios e à determinação de liberação e proibição de contingenciamento dos recursos do FUNPEN, que o Supremo Tribunal Federal reconhece a impossibilidade de que se mantenha o atual estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, ante a violação grave de direitos humanos, razão pela qual vota por determinar ao poder competente que tome medidas aptas a promover um processo de mudança da situação grave.

O voto do Min. Fachin suscita uma proposição para enfrentamento do problema. Como proposta, pode-se sugerir que o Estado use melhor os recursos do FUNPEN para encarcerar menos e melhor e fiscalizar mais as penas em meio aberto, com a implementação

de projetos que visem a aumentar o monitoramento eletrônico, a fiscalização das penas em meio aberto e semiaberto, além da aplicação condizente da multa e fiança penal. Deixar a isenção de fiança e multa apenas para casos envolvendo pessoas pobres. O uso maior de pena pecuniária pode aumentar a efetividade da pena e inibir a conduta, desde que seja exigível rapidamente.

A seguir, o Ministro Luís Roberto Barroso traz uma importante reflexão sobre o impacto social do problema do sistema penitenciário, advertindo que não é apenas um problema de uma minoria, mas também de toda a sociedade, ante as gravíssimas e dramáticas consequências que a superlotação carcerária provoca no aumento da criminalidade, por meio da reincidência.

Portanto, a primeira observação que eu faria em diálogo com a sociedade, porque acho que - isso é importante e esse ponto foi perpassado no voto do Ministro Marco Aurélio -, ao enfrentar este problema do sistema penitenciário, nós não estamos cuidando apenas da defesa de uma minoria, o que já seria um bom papel a ser desempenhado por este Tribunal. Mas a observação de todo pertinente de que a deficiência do sistema penitenciário reverte consequências gravíssimas e dramáticas para a própria sociedade brasileira, pela incapacidade do sistema de tratar essas pessoas com o mínimo de humanidade, o que faz com que os índices de reincidência no Brasil sejam dos mais altos do mundo, simplesmente porque o sistema não é capaz de ressocializar, de humanizar e de dar um mínimo de preparo para essas pessoas quando elas saem do sistema. (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Luis Roberto Barroso, p. 69).

Trata-se de uma evidente análise consequencialista, visto que o julgador deixa claro que, diante da situação posta, a decisão judicial vai influir sobre um problema social grave, trazendo naturalmente consequências. Segundo o Min. Luís Roberto Barroso, a deficiência (falta de eficiência) do sistema penitenciário deixa a sociedade mais injusta e menos rica em termos de valores éticos e morais ante a gravidade das violações praticadas a dignidade da pessoa humana dos presos e apenados. O sistema carcerário que, em tese, deveria ressocializar os apenados e, com isso, conter o aumento da criminalidade, trazendo maior bem-estar social, acaba favorecendo a reincidência penal. Esse trecho do voto do Min. Barroso traz, com clareza solar, o uso do princípio da eficiência como fundamento da decisão judicial.

Em seguida, o Min. Luís Roberto Barroso faz uma autêntica abordagem relacionada à eficiência do sistema prisional e o custo social de ter um sistema eficiente. Ciente de que o sistema penitenciário tem custo orçamentário, o julgador, em seu voto, manifesta preocupação com a discussão e debate sobre a maioria penal, e quanto isso pode contribuir mais ainda para superlotação carcerária e com um gasto maior de recursos públicos.

Uma segunda observação, Presidente - ainda em diálogo com a sociedade -, é que um sistema penal mais duro e eficiente, sobretudo mais eficiente, envolve o dispêndio de recursos. Tornar o sistema penal mais eficiente e, por exemplo, cumprir os mais de 200 mil mandados de prisão que estão na rua, significa ter que botar mais dinheiro no sistema. A sociedade brasileira precisa levar isso em conta.

Quando se fez, e se está fazendo, no Brasil hoje, o debate sobre a redução da maioria penal - que é um debate importante, e o Congresso é o lugar próprio de fazê-lo -, é preciso considerar quanto de recursos públicos teremos que investir no sistema para reduzirmos a maioria penal; quanto teremos que investir no sistema para prendermos os jovens separadamente dos grandes bandidos as facções - ou pretendemos também cometer o crime de botar os meninos de 16 anos com os facinoras que muitas vezes lá estão? Portanto, qualquer movimento relativo ao sistema penal e penitenciário envolve um debate público de qualidade e uma reflexão sobre a necessidade de se investirem recursos (STF, ADPF 437 MC/DF, voto do Min. Luis Barroso, p. 71).

Adiante, o Min. Barroso apresenta um traço importante da população carcerária. Segundo o julgador, ela é feita de presos e apenados que praticaram crimes de furto e de tráfico e associação de drogas ilícitas e não por crimes violentos ou crimes de corrupção, o que demonstra, na sua visão, que o sistema prende muito, mas prende mal. “O índice de apuração de homicídios no Brasil - esta, sim, uma criminalidade violenta e grave - é de menos de 10%. É uma ínfima quantidade de pessoas que é efetivamente condenada por crimes violentos” (STF, ADPF 437 MC/DF, voto do Min. Luis Barroso, p. 71).

Após, o Ministro Teori Zavascki traz seu voto, concordando em grande medida com o voto de seus antecessores. O destaque que o julgador deu para a realização periódica de mutirões e a necessária intervenção do Conselho Nacional de Justiça foi suplantada pela informação vinda, durante o debate ocorrido no momento da prolação de seu voto, que os mutirões já vinham sendo realizados, o que tornou o pedido, nesse ponto, prejudicado.

Outro ponto que merece atenção no voto do Min. Zavascki é o alerta que ele faz para o fato dos pedidos cautelares não guardarem muita sintonia com os pedidos principais, visto que aqueles são, em sua grande maioria, direcionados ao Judiciário, notadamente, para realização de mutirões carcerários e audiências de custódia, enquanto que estes são claramente afetos ao Executivo, com imposição do prazo de 3 meses para implementação de plano nacional, estadual e distrital, para superar, em 3 anos, o “estado de coisas inconstitucional” vivenciado pelo sistema penitenciário brasileiro.

Na sequência, o voto da Ministra Rosa Weber, em grande medida, acompanhou o voto do Relator, para determinar a realização de audiência de custódia e também o desbloqueio e proibição de contingenciamento dos recursos do FUNPEN, a fim de enfrentar o reconhecido “estado de coisas inconstitucional” das prisões brasileiras.

No debate ocorrido após o voto da Min. Rosa Weber, o Presidente do STF, Min. Ricardo Lewandowski referiu-se a uma doutrina que vem se fortalecendo no sentido de que o juiz não pode determinar a prisão cautelar quando não houver mais espaço nas prisões.

Eles têm que observar estritamente o espaço físico das prisões, porque senão, se o juiz determinar a prisão para uma penitenciária, uma cadeia pública, para uma cela onde cabem vinte pessoas e já existem cem pessoas, evidentemente que este mandado será cumprido em uma situação muito mais gravosa do que a própria sentença determina. Mas é um conceito que está sendo maturado pela doutrina que se debruça sobre essas questões importantes (STF, ADPF 437 MC/DF, p. 111).

Aqui cabe uma reflexão crítica. Que teoria é essa sendo criada pela doutrina? Ao que parece é o reconhecimento da incapacidade do Estado, no âmbito do Executivo, de dispor de vagas para presos provisórios. Desde logo, defende-se que o Judiciário tem de enfrentar essa questão de forma mais incisiva. Cabe ao Executivo prover mais vagas e não ao Judiciário deixar de determinar a prisão e o cumprimento de pena, se preenchidos os requisitos e fundamentos da preventiva. A aplicação da punição penal ou a determinação de prisão cautelar necessária diante da gravidade de um crime, se preenchidos os requisitos legais, não pode deixar de ser realizada pela ineficiência do Executivo em criar mais vagas no sistema carcerário.

A eficiência da decisão judicial não pode passar pelo reconhecimento da incapacidade do Executivo de prover vagas no sistema penal, expondo a sociedade ao afrouxamento da legislação penal, processual penal e de execução penal com graves consequências à segurança pública. A decisão judicial eficiente deve promover a prisão cautelar ou definitiva do custodiado em condições dignas, com o mínimo de custos sociais, e não impor uma liberdade provisória ou abrandamento do regime da pena, por força da incapacidade do Executivo em gerir melhor os recursos necessários para administração penitenciária.

Retomando a descrição dos votos dos julgadores, tem-se que o voto seguinte no julgamento da medida cautelar da ADPF 347 foi do Ministro Luiz Fux. O julgador inicia seu voto destacando que “cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir” (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Luiz Fux, p. 113). Nesse cenário, a Corte Suprema pode determinar a prática de uma política pública e acompanhar e coordenar essa implementação.

Citando Carlos Alexandre Azevedo, o julgador destaca:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, (...). Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de

recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Luiz Fux, p. 113)

No voto do Min. Fux, cabe destacar a passagem em que faz referência à necessária intervenção do Judiciário em questões constitucionais de alta complexidade. Segundo o julgador, diferentemente da Suprema Corte dos EUA que, em alguns casos, se abstém de julgar invocando que a sociedade não está preparada para o julgamento, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, quando provocado, deve se pronunciar e julgar a questão, o que muitas vezes é considerado como ativismo judicial.

Na sequência, apresentou seu voto a Ministra Cármen Lúcia. A julgadora destacou, de plano, que das 1424 unidades prisionais existentes no Brasil apenas 4 são federais, ou seja, os Estados acabam respondendo pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União. Nesse passo, apesar da existência de convênios entre União e Estados, com repasse de recursos do FUNPEN, essa situação só oneram os Estados, porque ficam encarregados da administração carcerária.

Outro ponto interessante do voto da Min. Cármen Lúcia é a referência que faz ao direito à existência digna como corolário da ordem econômica, conforme previsão em norma constitucional expressa no art. 170 da Constituição da República. Na sua visão, o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro leva a “uma ausência de existir digno” (STF, ADPF 347 MC/DF, voto da Min. Cármen Lúcia, p. 122). Essa situação autoriza a intervenção do Judiciário para tentar superar essa situação de urgência. Ao final de seu voto, a Min. Cármen Lúcia acompanhou o voto do Relator quanto aos pedidos por este deferidos.

Em seguida, foi proferido o voto do Ministro Gilmar Mendes. Após reconhecer que o caso se adequa aos requisitos constitucionais para uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Min. Gilmar destacou que a decisão, requerida ao Tribunal, desafiava as próprias técnicas decisórias por exigir, além de uma determinação judicial, um acompanhamento do cumprimento. No trecho de seu voto, o julgador citou o célebre caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, nos Estados Unidos, que tratou da proibição de segregação racial naquele país:

E, talvez, o modelo que mais se aproxime do caso que agora estamos a enfrentar, em termos de paradigma no Direito Constitucional, pelo menos mais recente, talvez, seja, inegavelmente, o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, o célebre caso que deflagra o modelo de dessegregação racial dos Estados Unidos, em que, como se sabe, o *justice* Warren vai ter um papel importantíssimo nessa etapa de dessegregação. Este, portanto, é um caso, sem dúvida nenhuma, paradigmático e que chama a atenção, inclusive, à responsabilidade da Corte neste caso, porque não se trata apenas,

ministra Rosa, de expedir uma liminar que suspenda determinados atos, ou expedir determinadas orientações, mas há uma exigência de que haja acompanhamento, sob pena de o esforço que se está a fazer aqui resultar pouco significativo. Então, é extremamente importante que estejamos atentos a isso. (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Gilmar Mendes, p. 133).

O julgador destaca que as medidas requeridas na ADPF, muito embora se mirem na tutela específica da obrigação, objetivam, por via transversa, tornar mais difícil decretar a prisão preventiva e diminuir o tempo de encarceramento, buscando, assim, reduzir a lotação carcerária e, em consequência, melhorar as condições do sistema. Como se observa, com a decisão, almeja-se tornar mais eficiente (ou menos deficiente) o sistema carcerário. Trata-se de um claro uso da eficiência como fundamento da decisão judicial.

O Min. Gilmar Mendes também usa um argumento de política em seu voto. Segundo ele, “o atendimento do pedido, por um lado, modifica a legislação penal e processual não prevista até o momento. Por outro lado, determina a adoção de políticas públicas significativas para atender os ditames da Constituição” (STF, ADPF 347 MC/DF, p. 135).

O julgador também fez referência à decisão Suprema Corte dos EUA, que, em um caso envolvendo a deficiência de assistência médica de presos ligada à superpopulação carcerária, determinou ao Estado da Califórnia que elaborasse, em um prazo curto, um plano de redução da superpopulação para no máximo 137,5% do número de vagas. Segundo o Brasil, o quadro é mais caótico, pois está além de 200%, o que revela notória a situação de penúria do sistema prisional brasileiro.

O voto seguinte é do decano, Ministro Celso de Mello. No início de seu voto, o julgador destaca:

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal. (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Celso de Mello, p. 151)

O Min. Celso enfatiza a importância do Interpretativismo constitucional.

Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante rememorar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição,

funciona, igualmente, o poder constituinte”. (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Celso de Mello, p. 157)

Na visão do Min. Celso de Mello, a interpretação judicial, ao conferir sentido de contemporaneidade à Constituição, faz dela um documento vivo e permanentemente atualizado, em ordem a viabilizar a adaptação do texto constitucional às novas situações sociais. O julgador, em seu voto, fala abertamente da irresponsabilidade do Poder Executivo em cumprir suas obrigações constituídas no que tange ao sistema penitenciário, tornando-o um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”.

O fato preocupante, Senhor Presidente, é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

O Poder Executivo, a quem compete construir estabelecimentos penitenciários, viabilizar a existência de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, além de propiciar a formação de patronatos públicos e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, forjando condições que permitam a consecução dos fins precípuos da pena, em ordem a possibilitar “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”), não tem adotado as medidas essenciais ao adimplemento de suas obrigações legais, muito embora a Lei de Execução Penal preveja, em seu art. 203, mecanismos destinados a compelir as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, inclusive fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento (STF, ADPF 347 MC/DF, voto do Min. Celso de Mello, p. 161-162)

O Min. Celso de Mello dá especial destaque no seu voto à defesa do Judiciário como formulador de políticas públicas quando, excepcionalmente, os órgãos estatais competentes, por descumprirem seus encargos político-jurídicos, vierem a comprometer direitos fundamentais individuais ou coletivos. Nesse cenário, faz forte ressalva à cláusula da reserva do possível, em razão do mínimo existencial e à cláusula de proibição de retrocesso social.

Um tema importante consta no bojo do voto do julgador, a escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas”. Na visão do Min. Celso de Mello, a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz surgir situações de conflitos, impondo ao Estado superá-los mediante opções de determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes. Trata-se de verdadeiras “escolhas trágicas”.

No âmbito do controle judicial de políticas públicas, o Min. Celso de Mello, citando doutrina de Daniel Sarmiento (2009), destaca que, mesmo considerando as dificuldades que

podem derivar da escassez de recursos com a resultante necessidade de realizar as denominadas “escolhas trágicas”, a cláusula da reserva do possível sempre encontrará limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial.

O Min. Celso de Mello, em síntese, compreende a fundamentalidade dos direitos sociais, mas reconhece algumas questões complexas e delicadas, entre elas a escassez de recursos, a qual exige do Estado que faça escolhas trágicas, selecionando prioridades dentro de diversas demandas legítimas. O caso do sistema penitenciário é emblemático nessa situação, visto que exige do Judiciário, no exercício do controle judicial de políticas públicas, que leve em consideração a fundamentalidade e o custo dos direitos dos presidiários em não sofrer um tratamento degradante dentro de um ambiente de escassez de recursos mal administrados pelo Executivo, no âmbito da administração penitenciária.

Por fim, o último voto proferido no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347 foi do Ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente do STF. No voto do julgador, cabe destacar alguns pontos. De início, o fato do Min. Lewandowski pontuar que este julgamento do STF foi o pioneiro em reconhecer o argumento do “estado de coisas inconstitucional”, uma proposta desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia. O acolhimento da tese, segundo ele, autoriza a interferência do Poder Judiciário no manejo do fundo penitenciário nacional. Nesse cenário, o “estado de coisas inconstitucional” exige do Judiciário que intervenha e proceda a uma decisão que busque tornar o sistema menos deficiente (ou um pouco mais eficiente) a ponto de atender ao bem-estar social e garantir o direito de uma minoria em situação de vulnerabilidade. A intervenção judicial, no fundo penitenciário nacional, visa a torná-lo mais eficiente, portanto, trata-se de uma decisão que tem também a aplicação do princípio da eficiência como *ratio decidendi*.

Outro ponto trazido no voto do Min. Lewandowski e que merece uma reflexão é relativo ao que ele chamou de princípio da capacidade prisional taxativa, segundo o qual o juiz não pode determinar a prisão de alguém em um estabelecimento prisional que não tenha vagas suficientes. Nesse ponto, parece haver um movimento na doutrina e, em parte, da jurisprudência admitindo a possibilidade de não decretação da prisão preventiva por falta de vagas.

Sustenta-se que esse argumento teórico, além de frágil, é temerário, pois pode contribuir para uma maior instabilidade na segurança pública, ante o aumento da sensação de impunidade. Uma decisão eficiente jamais pode, por conta da preocupação em reduzir custos, prejudicar a segurança pública, mantendo em liberdade presos e apenados que precisam estar

custodiados para segurança da sociedade. O Estado, no âmbito do Executivo Federal, Distrital e Estadual, deve aumentar gradativamente o número de vagas nos presídios, além de investir na implementação de políticas sociais que possam contribuir para redução da criminalidade. A proibição de prisão cautelar por falta de capacidade prisional dos presídios pode contribuir para o aumento da criminalidade, diante da cada vez mais notória sensação de impunidade do Estado.

Após o voto do Presidente do STF, o debate se concentrou na proposta do Min. Barroso e na definição dos prazos de exigibilidade do cumprimento da obrigação de fazer relativa ao fornecimento de informações sobre o diagnóstico do sistema prisional pela União e pelos Estados, especificamente, o Estado de São Paulo. A proposta foi aceita pela maioria.

#### 4.4 A ANÁLISE DO CASO

A decisão judicial tomada pelo STF tem um especial significado para esse trabalho por apresentar argumentos de eficiência que, se bem observados, serviram de fundamento para decisão judicial. O julgamento da ADPF 347 é um exemplo importante a revelar como argumentos consequencialistas e de eficiência são aplicados pelos Tribunais Superiores.

A questão maior relativa ao “estado de coisas inconstitucional” demonstrou a necessidade de o tribunal se manifestar, além de questões relativas às violações de direitos fundamentais, sobre questões de distribuição eficiente de bens e recursos. O quadro caótico do sistema carcerário e a constatação de que a superlotação carcerária também contribui para o aumento da criminalidade, pela reincidência, exigiu dos ministros, durante os seus votos, que se pronunciassem sobre a realidade fática, utilizando de argumentos não normativos, como dados estatísticos e pesquisas empíricas sobre a situação carcerária.

O exame da decisão mostra que há uma racionalidade em relação a análise de custo e benefício e maximização da riqueza, mas essa racionalidade não está sustentada na teoria da eficiência, tal como preconizada por Posner, pois não foi feita referência nem a ele nem a outro teórico da Análise Econômica do Direito.

Como a presente dissertação está voltada para essa abordagem teórica, é possível identificar argumentos que tenham essa preocupação consequencialista com a eficiência da decisão. Porém, como os ministros não se referiram a análise econômica, onde a eficiência e o pragmatismo são importantes, não se pode afirmar que eles tenham elaborado seus argumentos a partir dessa teoria. Essa situação, contudo, não inviabiliza a análise.

A decisão, esboçada na maioria dos votos dos ministros, fazia importante reflexão sobre o estado de grave deficiência do sistema penitenciário. Apesar de acordos teóricos incompletos sobre alguns temas, as conclusões dos julgadores tinham forte viés consequencialista, ante a preocupação de como a decisão seria executada e de que forma ela poderia contribuir para minimizar a deficiência do sistema.

Ao final do julgamento, o que se observou é que o STF deferiu apenas duas das oito medidas cautelares requeridas pelo partido autor da ADPF: a obrigação de fazer para que juízes realizassem audiência de custódia e a obrigação de fazer/não fazer para que a administração pública, no âmbito federal, liberasse e não contingenciasse mais os recursos existentes no fundo penitenciário FUNPEN.

A decisão judicial, semelhante ao caso de *Brown vs. Board of Education*, representa um marco no exercício do controle judicial, pois exige do Supremo Tribunal Federal, além da concessão das medidas cautelares, que acompanhe o cumprimento da decisão que visa a alterar aquilo que passou a se chamar, por influência da jurisprudência colombiana, “estado de coisas inconstitucional”.

O caso *Brown vs. Board of Education*, referido pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto, foi um caso emblemático na história da Suprema Corte estadunidense e é constantemente citado nas obras de Ronald Dworkin e Richard Posner para explicitação de suas teorias.

Dworkin (2014), em seu livro *O Império do Direito*, trata o caso a partir de algumas teorias de igualdade racial. A primeira teoria, chamada de “classificações suspeitas”, considera o *direito contra a discriminação* protegido quando os grupos raciais recebem igual consideração e respeito, mesmo quando tratados de forma separada. Essa teoria poderia justificar a segregação das escolas, por exemplo, ao mostrar que a integração criaria um ambiente educacional inferior. A segunda teoria, denominada de “categorias banidas”, reconhece o direito contra a discriminação como um trunfo constitucional contra qualquer concepção de interesse geral. Nessa descrição, a segregação das escolas é inconstitucional em todas as circunstâncias. A última teoria, chamada de “fontes banidas”, considera o direito contra a discriminação como um trunfo contra determinados interesses e preferências coletivos. Essa teoria, a exemplo da segunda teoria, condena a segregação racial, ainda que não o faça automaticamente.

Na visão de Dworkin (2014), a segunda e a terceira teoria do direito contra a discriminação se amoldam à teoria do direito como integridade, por condenarem, no caso *Brown*, a segregação racial patrocinada nas escolas. Nesse particular, as duas se ajustam bem

ao modelo de decisão adotado pela Suprema Corte dos EUA, no caso *Brown vs. Board of Education*.

Um ponto destacado por Dworkin (2014) e que foi alvo de preocupação do Min. Gilmar Mendes, em seu voto, refere-se ao remédio judicial aplicável para dessegregação. Ele indaga se o melhor remédio seria que fosse determinada que as escolas segregadas fossem imediatamente proscritas ou se determinasse um processo de mudança mais gradual. Dworkin (2014) defende argumentos em favor dos prazos, não por razões políticas, mas de princípios. Segundo Dworkin (2014, p. 465):

Qualquer interpretação plausível dos direitos das pessoas segundo a Constituição deve ser complexa o suficiente para tratar tanto do remédio quanto da substância. Assim, a decisão de Hércules sobre o remédio é também uma decisão de direito, uma decisão sobre os direitos secundários que as pessoas têm quanto ao método e à maneira de fazer valer seus direitos substantivos primários. Hércules deve decidir, como uma questão liminar geral, se a melhor interpretação das práticas remediadoras dos tribunais em geral e da Suprema Corte em particular exige que os direitos das pessoas ao remédio sejam sensíveis às consequências. Ele decidirá que sim: o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos.

Essa compreensão de Dworkin sobre a questão do remédio judicial interessa aos propósitos do presente trabalho, por permitir perceber na obra do ilustre jusinterpretativista a compreensão de que é possível reconhecer em questões de princípios análises consequentialistas. Como afirmado por ele, a melhor interpretação em uma decisão judicial exige que os direitos das pessoas ao remédio judicial sejam sensíveis às consequências.

No caso do julgamento da ADPF 347, a decisão do STF exigia um remédio que tivesse um efeito prático e, em alguns trechos dos votos dos Ministros, verifica-se a preocupação com a operacionalidade da decisão, se teria efeito imediato ou se seria fixado prazo para o cumprimento da decisão.

Se Dworkin fosse chamado a comentar esse aspecto da decisão da corte constitucional brasileira, talvez ele assim se pronunciasse, utilizando seu juiz ideal hipotético chamado Hércules:

A decisão de Hércules, então, mesmo sobre o remédio, não é de caráter simplesmente ou diretamente voltado para os resultados, como o seria uma decisão política banal. Ele pretende desenvolver uma teoria geral do cumprimento da lei que se ajuste ao poder que a Constituição lhe atribui e o justifique, e isso significa uma teoria que não contradiz, por meio do procedimento processual, aquilo que o documento exige em substância. Poderia chegar à seguinte teoria, ou a algo muito parecido: as estratégias de decreto da Corte deveriam visar ao cumprimento mais imediato e eficaz dos direitos constitucionais substantivos coerentes com os interesses daqueles que os reivindicam, mas não deve, por outro lado, acatar ou tentar acomodar

os interesses das pessoas que tencionam subverter tais direitos. (DWORKIN, 2014, p. 465-466).

No caso *Brown*, a Suprema Corte estabeleceu uma fórmula de cumprimento que, segundo Dworkin (2014, p. 466), “pelo menos em retrospecto, não atingiu tal padrão”. Nela se dizia que a dessegregação deveria prosseguir “a toda velocidade deliberada”, expressão que acabou contribuindo para obstrução e demora do cumprimento da decisão. Para Dworkin (2014, p. 466), “teria sido melhor se a Corte tivesse tentado fornecer uma programação mais precisa, mesmo que tal estratégia pudesse ter ameaçado a unanimidade de sua decisão”.

O fato é que, em razão da complexidade do caso, muitas outras decisões posteriores foram dadas e os tribunais federais dos EUA tiveram que desenvolver uma jurisprudência específica para integração racial, inclusive proferindo e supervisionando decisões que interferiam no trabalho normal de diretores de escolas e outras autoridades locais. Segundo Dworkin (2014, p. 467), isso representou “uma importante mudança na natureza e no caráter do cargo de juiz”. Na sua visão, “os juízes vêm, tradicionalmente, exercendo papéis de supervisão tendo em vista a prestação jurisdicional – ao administrarem processos falimentares, por exemplo, ou decretos antitruste ou de custódia” (DWORKIN, 2014, p. 467).

Essa inusitada intrusão judicial nas funções administrativas, na visão do jusinterpretativista estadunidense só é admissível “em circunstâncias extremamente especiais e conturbadas”, com vistas a fazer “cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer no interesse daqueles que os direitos deveriam proteger” (DWORKIN, 2014, p. 467).

Essa tese de Dworkin reforça a importância do controle judicial de políticas públicas exercido pelo Supremo Tribunal Federal em casos extremos, como o caso da ADPF 347, que revela o “estado de coisas inconstitucional” vivenciado no sistema prisional brasileiro. A preocupação não somente com a tutela judicial dos direitos fundamentais dos presos e apenados, mas também com o remédio judicial adequado para concretização desses direitos foi objeto de análise e discussão dos Ministros do STF, durante seus votos e o debate, demonstrando a preocupação da corte constitucional com a supervisão da decisão judicial.

A visão de Richard Posner sobre questões constitucionais complexas, por sua vez, como visto no segundo capítulo, é mais pragmática que interpretativa. Posner (2007), em sua obra *Problemas da Filosofia do Direito*, sustenta que o caso *Brown vs. Board of Education* não pode ser compreendido como correto em termos interpretativos, mas sim em políticos e pragmáticos. Contra a poderosa defesa da interpretação da cláusula de igualdade perante à lei que serviu de fundamento jurídico no caso *Brown*, Posner (2007) sustenta que se pode

argumentar que os autores da cláusula prevista na Décima Quarta Emenda “não pretendiam instaurar uma igualdade verdadeira entre brancos e negros, mas apenas dar aos negros certos direitos políticos fundamentais” (POSNER, 2007, p. 407). Na sua visão, a justificação da decisão no caso *Brown* pode ser buscada em materiais não jurídicos, como em anseios políticos e éticos para melhorar as condições dos negros, adotar um programa de igualdade racial que justificasse os ideais políticos após a Segunda Guerra Mundial, aumentar a consciência pública sobre a injustiça social ou “instilar vida nova na cláusula de igualdade perante a lei” (POSNER, 2007, p. 408). Trata-se de verdadeiras razões práticas, voltadas para tornar mais eficiente o sistema social.

Posner (2007) traz também uma importante reflexão que aproxima a decisão do caso *Brown* com a decisão da ADPF 347, a decisão justificou “os direitos de uma minoria numa época em que essa minoria não tinha força política” (POSNER, 2007, p. 409). À semelhança do caso dos negros, os presidiários representam na sociedade uma classe minoritária que notadamente não tem força política.

No caso da ADPF 347, em razão do impacto da decisão sobre a situação caótica do sistema penitenciário, os ministros do STF, durante os seus votos, viram-se obrigados a usar análises sobre dados empíricos do sistema carcerário e considerar que a tomada de decisão judicial, além de proteger direitos violados de uma minoria, deveria modificar a atuação de alguns agentes do Estado com vistas a tornar o sistema penitenciário mais eficiente (ou melhor, menos deficiente). Não à toa, vários ministros fizeram análise de custo-benefício da decisão judicial, notadamente, quanto às duas medidas cautelares deferidas. Nesse aspecto, pode-se inferir que, além da proteção de direitos fundamentais dos presos e apenados, a melhoria da eficiência do sistema prisional como fator de promoção do bem-estar social, serviram de *ratio decidendi* do julgado.

No caso da audiência de custódia, apesar de não prevista no Código de Processo Penal, é norma contida em duas convenções internacionais, que foram ratificadas e, portanto, internalizadas. A decisão do STF visou a dar eficácia a essa norma no direito interno, visto que não vinha sendo adotada no Brasil até então. A adoção das audiências cautelares se mostrou necessária, nesse momento da realidade prisional brasileira, não apenas para garantir a observância de mais um direito fundamental do preso – de ser apresentado ao juiz dentro das vinte e quatro horas seguintes à sua prisão –, mas para possibilitar uma maior observação dos juízes, quando da homologação do flagrante e conversão em prisão preventiva, da real necessidade de encarceramento do preso, diante do quadro de superlotação carcerária.

No caso do fundo penitenciário, a decisão importou numa clara intervenção judicial na administração de recursos de um fundo público gerido pelo Executivo. A proibição de não contingenciamento e a determinação de liberação de recursos tem um impacto na relação entre os poderes constituídos, pois faz presumir que o Executivo, poder encarregado de administrar os recursos, não tem feito uso adequado deste para o enfrentamento da questão penitenciária. A decisão tem também um componente de análise de custo-benefício, pois visa a melhorar a gestão dos recursos e, em consequência, possibilitar o aumento de vagas e a melhoria das condições carcerárias, a fim de diminuir a deficiência do sistema penitenciário.

Importante para o presente trabalho, independentemente dos argumentos adotados, é o consistente uso da lógica econômica para ponderação de eventuais impasses normativos. O aparente confronto entre a reserva do possível e mínimo existencial, constante principalmente no voto do Min. Celso de Mello, quando tratou das “escolhas trágicas”, revela que a escassez de recursos deve ser levada em consideração quando se pleiteia a efetividade de direitos fundamentais por meio de políticas públicas.

A propósito, a expressão “escolhas trágicas” foi usada por Guido Calabresi, outro fundador do movimento teórico *Law and Economic*, no livro *Tragic Choices* (1978), escrito em co-autoria com Philip Bobbitt. No livro, Calabresi e Bobbitt (1978), exploram como as sociedades alocam recursos trágicos escassos e como as sociedades fazem “escolhas trágicas”. Os autores consideram a eficácia e a moralidade de diferentes dispositivos usados para alocar recursos escassos. Esses dispositivos incluem mercados tradicionais, mercados neutros em seu impacto na distribuição de riqueza, mercados não tradicionais, agências políticas, loterias e outros métodos.

Em apartada síntese, o livro procura mostrar como a sociedade enfrenta a questão de escassez de recursos com duas questões distintas, mas relacionadas: quantos recursos a sociedade deve disponibilizar e a quem deve atribuir. Uma sociedade obviamente tem uma ampla gama de opções para decidir como responder a essas perguntas. Em casos de recursos particularmente escassos, no entanto, o método de alocação finalmente escolhido pode criar custos sociais incômodos. Por exemplo, permitir que o mercado livre alimente máquinas de diálise renal pode significar que pacientes ricos viverão enquanto os pobres morrerão. Tal resultado cria indignação moral e ofende um valor social fundamental - o valor igual de todas as vidas humanas.

*Tragic Choices* expõe a tensão que existe entre as normas básicas de uma sociedade e revela sua ordenação. Os autores afirmam que, porque há algo importante para manter a visão

de que nenhuma ordenação de princípios básicos realmente existe, uma sociedade irá alterar ao longo do tempo os procedimentos de alocação que adota. Em determinado momento, a sociedade pode favorecer uma concepção de igualdade sobre a eficiência ao preferir a regulação econômica aos mercados livres. Em outro momento, irá reverter o procedimento. Dessa forma, não só uma sociedade parece manter seu compromisso com um conjunto de princípios que não são consistentes em todos os casos, mas também podem corrigir continuamente os pontos fracos dos mecanismos de alocação atualmente em vigor. Por uma manipulação bem concebida dos vários mecanismos de escolha social, uma sociedade pode minimizar a "tragédia" das escolhas trágicas (COLEMAN, 1979).

A decisão certa para uma sociedade, então, depende do que é apropriado em determinado momento. O que é apropriado, por sua vez, depende das normas sociais existentes. As escolhas trágicas, portanto, se baseiam quase exclusivamente em normas de moral convencional para avaliar certos dispositivos de alocação alternativos. Ou seja, os autores julgam esses dispositivos com base em crenças amplamente difundidas dentro de uma sociedade e não em princípios abstratos de ação correta. O livro é conseqüentemente mais sociológico do que filosófico.

Em relação à distribuição de bens e recursos dentro de uma sociedade democrática, Calabresi e Bobbitt (1978) já destacavam que, no mercado livre, a oferta e a demanda por um bem mudam continuamente - o número de mudanças de bens fornecidos em resposta às mudanças na demanda do consumidor. O preço de equilíbrio é esse preço ao qual a demanda por um bem é igual à oferta, e esse preço pode ser significativamente menor do que o que seria trágico, se fosse "leiloado" para os maiores concorrentes. À medida que a nova tecnologia é introduzida - causando assim uma mudança na oferta - o preço de equilíbrio do bem pode cair (COLEMAN, 1979).

Os autores citam, por exemplo, o uso de diálise renal que na época custava, nos EUA, a um indivíduo algo em torno de US\$ 60.000,00 (sessenta mil dólares) e exigia que um paciente fizesse duas viagens por semana para um hospital para receber o tratamento. Posteriormente, a um custo consideravelmente menor, o procedimento podia ser feito em casa. A inovação, impulsionada pelos incentivos tradicionais ao mercado, proporcionou um melhor serviço a um preço mais baixo. Em contraste com o mercado, o processo político provavelmente se estabeleceria em um fornecimento fixo de máquinas de diálise. Isso, de fato, criaria um leilão. Os incentivos à entrada no mercado e ao avanço tecnológico são

reduzidos ao abrigo deste regime. Além disso, onde a demanda pelas máquinas aumenta em face de um suprimento fixo, os preços inevitavelmente aumentarão.

Ao contrário do mercado, no entanto, o processo político poderia decidir disponibilizar o bem a todos que precisassem. Ainda assim, como Calabresi e Bobbitt (1978), apontam a decisão de tornar disponível um bem fundamental para todos significa que menos indivíduos receberão algum outro bem fundamental. Em outras palavras, a decisão política de atender a todos em uma área trágica resulta em escassez em outras áreas trágicas. Isto é um paradoxo, pois a alocação de recursos trágicos através do sistema político prejudica o objetivo da eficiência.

Se é verdade que nem toda vida pode ser salva, que nem todos os indivíduos que precisam de um bem fundamental podem receber um, então a sociedade pode preferir preservar as virtudes do mercado livre do lado da oferta (COLEMAN, 1979). Além disso, a sociedade pode tomar medidas para mitigar as características não igualitárias dos mercados. Os subsídios e transferências de riqueza podem ser utilizados sem prejudicar a capacidade do mercado de aumentar a oferta e reduzir o preço de equilíbrio.

Os economistas definem o custo de oportunidade de uma atividade como o valor perdido ao não conseguir uma atividade alternativa. Em escolhas trágicas, Calabresi e Bobbitt (1978) expressam preocupação com os valores e princípios que a sociedade compromete ou abandona na busca de objetivos específicos. Este problema é proeminente na discussão sobre a colocação de valores nas vidas humanas. Aqui, vários princípios e objetivos estão em conflito: em particular, eficiência e valor inestimável da vida.

O problema é este: a vida não tem preço. O fato dos mercados presumirem o preço do imprevisível é uma boa razão, na opinião dos autores, para limitar o papel das alocações de mercado. A discussão dos autores sobre esse problema é importante, mas apresenta uma objeção. Os mercados não tentam colocar um valor na vida humana ou, nesse caso, em qualquer bem. O que o preço do mercado faz é fornecer informações. Ele informa a sociedade do custo monetário da obtenção de mais uma unidade de um bem particular ou da expansão de uma determinada atividade. Essa informação ajuda os indivíduos a determinar como eles querem alocar seus recursos.

Contudo, o preço de mercado não coloca um valor no bem ou na própria atividade. Os preços, no entanto, permitem comparações. Por exemplo, o custo de salvar uma vítima de insuficiência renal - refletida em um preço - pode ser comparado com o custo de recapear uma estrada para salvar alguma potencial vítima de acidente de carro - também refletida em um

preço. Nenhum desses preços coloca um valor na vida humana. Quando comparado, no entanto, os preços revelam quantas vítimas de acidentes podem ser salvas para cada vítima de insuficiência renal que se pode perder (COLEMAN, 1978).

Para Calabresi e Bobbitt (1978), tais comparações de preços são profundamente perturbadoras porque corroem os valores humanos. Os autores estadunidenses, no entanto, não são bem claros sobre qual é esse "custo de cálculo de custos". Segundo Coleman (1978), a frase descreve tanto uma erosão objetiva nos valores humanos que resulta quando os preços do mercado são colocados em vidas e uma "ofensa sentida" que os autores afirmam surgir se esses preços forem estabelecidos. No entanto, é difícil ver como o custo por si só corrompe os valores fundamentais. Como dito anteriormente, o objetivo de se verificar o custo é fornecer informações. É essencial para uma ordenação racional de tais valores.

Além disso, a "ofensa sentida", referida pelos autores em seu livro, acabou produzindo uma falta de vontade para enfrentar a necessidade de descobrir informações pertinentes sobre os custos relativos das alternativas que salvam vidas. Se este for o caso, qual o peso que deve ser dado à ofensa sentida em questões que exigem um debate presumivelmente racional? Num mundo de escassos recursos, o valor inestimável da vida é um importante sentimento, mas que não se mostra útil como base para a política pública. As escolhas devem ser feitas e os preços implícitos devem ser colocados em vidas salvas. Suponha-se, por exemplo, que a sociedade tenha apenas R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para gastar em dispositivos que salvam vidas. Pode custar o total de R\$ 500.000,00 para custear um tratamento necessário para salvar um paciente com problema renal. Uma alternativa poderia ser gastar o dinheiro previsto no orçamento para um programa de tratamento de AIDS, poupando assim aproximadamente cem vidas. Se a sociedade optar por salvar o paciente com rim, faria isso à custa de cem vidas. Por mais desagradável que este cálculo possa parecer, ele deve ser feito para maximizar vidas salvas. O mito da inestimável importância da vida deve ser relativizado para compreender as escolhas difíceis que as sociedades enfrentam. Esse sacrifício, o custo do custeio, é parte do custo da busca da meta de eficiência.

A eficiência, como visto, pode ser utilizada na solução de questões complexas envolvendo alocação de escassos recursos, mas essa utilização provoca um questionamento sobre como tal emprego pode ocorrer. O estudo do impacto financeiro para custódia de um preso no sistema penitenciário revelou-se importante elemento de convencimento no julgamento, mas não se pode considerar claramente que tenha servido como principal fundamento da decisão judicial na ADPF 347. O que parece ter resolvido a questão foi o

princípio da dignidade humana e a necessidade de intervir judicialmente para reduzir a deficiência do sistema penitenciário.

Os Ministros do STF, em razão do reconhecido “estado de coisas inconstitucional” vivido pelo sistema carcerário brasileiro, tiveram que tomar, ainda que em via de medida cautelar de ação de descumprimento de preceito fundamental, uma “escolha trágica” que importou na intervenção da corte constitucional na legislação penal e processual penal, ao determinar aos juízes e tribunais, no caso da audiência de custódia, a aplicação de regras previstas em convenções internacionais, mas não positivadas nos códigos brasileiros. Além disso, a decisão também importou uma “escolha trágica” ao intervir no fundo penitenciário, gerido pelo governo federal e repassado aos governos distrital e estaduais, obrigando que ocorresse a liberação de recursos e não houvesse mais contingenciamento. Ainda pendente de decisão de mérito, acaso seja julgada procedente a ADPF 347, o STF poderá determinar ao Poder Executivo da União, dos Estados e Distrito Federal que elaborem um plano nacional, distrital e estaduais que reduzam a superlotação e melhore as condições de cumprimento das prisões no sistema penitenciário brasileiro.

A decisão judicial proferida pelo STF, sem descuidar da importância do valor da dignidade da pessoa humana dos presos e apenados, atentou para o objetivo de reduzir a superlotação dos presídios. Não se pode ignorar que a decisão seja passível de críticas frente aos riscos de contribuir para sensação de impunidade e de deficiência do sistema penal, mas pode-se reconhecer que ela foi capaz de tornar as decisões de decretação de prisão provisória mais racionais, exigindo dos juízes e tribunais, além de um contato prévio com o preso provisório, em uma audiência de custódia, uma atenção a real necessidade da prisão provisória em face da existência de outras medidas cautelares diversas e a constatação das condições precárias dos presídios brasileiros.

O julgado analisado mostrou como os julgadores podem usar o princípio da eficiência como um dos fundamentos da decisão judicial. A análise do custo-benefício da decisão, a constatação de que a decisão judicial importava em uma “escolha trágica” frente a uma situação de escassez de recursos e o uso frequente de argumentos consequencialistas bem demonstram que o julgado da ADPF 347 MC/DF transpôs os obstáculos para aplicação do princípio da eficiência e mostrou como seu uso, no processo de argumentação jurídica, pode permitir ao juiz ou tribunal proferir uma decisão judicial que, além de concretizar um direito fundamental pleiteado, possa assegurar a maximização do bem-estar social.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo propor uma investigação sobre a eficiência como norma jurídica a ser considerada pelos juízes no momento de proferir decisões judiciais. A questão, como visto, é relevante, pois busca descrever e enfrentar a problemática da crise de eficiência da prestação jurisdicional, notadamente, no que tange ao enfrentamento de questões complexas em casos difíceis envolvendo a concretização de direitos fundamentais.

De início, trabalhou-se com a hipótese de que a eficiência era um princípio, como visto na Constituição da República e no Código de Processo Civil e, no decorrer do trabalho, a partir do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner, viu-se que o termo princípio jurídico tem sentido muito amplo no Direito, não ficando restrito a uma visão puramente juspositivista. Dworkin, como observado, exige para concepção de princípio uma dimensão de moralidade e compromisso com a proteção e com a tutela de direitos. Essa é uma visão do Direito como Integridade. Posner, por sua vez, a partir das críticas do próprio Dworkin, tem consolidado atualmente uma visão mais pragmática de princípio, aceitando-o como uma fonte, entre tantas outras que possa ser utilizado pelo julgador, não só para tutela de direitos, mas também para alcance de uma meta coletiva, com vistas a melhor decisão. A visão do Direito, para Posner, é mais pragmática.

Há de se ressaltar que a aplicação da eficiência como princípio jurídico nos termos aqui propostos não se limita a casos simples ou periféricos, mas também a casos complexos, assumindo o julgador que ela é um valor jurídico importante que pode ser ponderado e considerado no momento da decisão para concretização de direitos fundamentais. Não como um critério excludente ou de negação prévia de direitos, mas como um critério potencialmente includente, quando considerada em uma perspectiva definida.

O princípio, com a dimensão de moralidade exigida por Dworkin, tem pouca utilidade para a finalidade que se pretende alcançar na presente dissertação, como critério para o teste prévio de efetividade dos direitos, pois ele não admite que um padrão que fomente uma meta coletiva possa ser considerado princípio moral a ser utilizado pelo julgador na decisão judicial.

A visão de Posner, após sua virada pragmática, mostra-se mais razoável, pois não exclui da fundamentação da decisão judicial a necessária racionalidade exigida para aplicação de padrões jurídicos como um princípio, mas não os categoriza de modo tão formal e restrito como propõe a teoria dworkiniana.

Nessa perspectiva, revela-se claro que se faz opção pela visão mais pragmática da eficiência, na teoria juseconômica de Posner e não pela visão anterior, mais fundacional, que norteou a sua tese nos primeiros anos da Análise Econômica do Direito. A visão pragmática, como observado, admite a eficiência como um valor a ser considerado pelo julgador no momento da decisão judicial, mas não como valor único ou mais importante, apenas um valor que deve ser considerado como tantos outros valores.

Nesse cenário e é isso que se pretende deixar cristalino, Posner mantém a reivindicação que o julgador deve utilizar a eficiência como padrão jurídico da decisão, fazendo uso do critério de maximização de riqueza social ou, ao menos, de custo e benefício no momento da fundamentação do julgado. Ele não aceita – e isso fica claro quando se percebe seu viés pragmático –, que o julgador desconsidere a análise da eficiência na decisão, visto que isso o impediria de avaliar os possíveis resultados e escolher a decisão que apresentasse melhor consequência.

O caso que foi selecionado no último capítulo para análise crítica, a ADPF 347 MC/DF, mostra claramente que há observações pragmáticas durante a fundamentação de alguns votos e que o uso do princípio da eficiência muitas vezes está embutido em uma discussão moral, sem que o julgador revele explicitamente que está fazendo uso dele.

O julgado, como demonstrado, tratou de temas complexos como “estado de coisas inconstitucional”, “escolhas trágicas” e controle judicial de políticas públicas. O voto do Ministro Celso de Melo trouxe a questão das escolhas trágicas que impõe ao julgador tomar decisões difíceis relacionando efetividade de direitos fundamentais e escassez de recursos. Outro voto do Ministro Gilmar Mendes trouxe a questão do remédio jurídico adequado para eficiência e efetividade da decisão, por considerar que o caso sob análise era paradigmático, semelhante ao famoso caso *Brown*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por exigir do tribunal não apenas uma decisão, mas o necessário acompanhamento do cumprimento da decisão. Isso revela uma preocupação com as consequências da decisão e como ela pretenderia mudar o “estado de coisas inconstitucional” que estava sob exame e julgamento.

A escolha do julgado deveu-se ao fato dele apresentar, na maioria dos votos dos ministros do STF, uma preocupação com a eficiência da decisão a partir de uma análise de custos e benefício. Como demonstrado, a eficiência foi utilizada como princípio orientador de diversos argumentos apresentados. Acerca do critério utilizado, percebeu-se que na maioria das vezes os julgadores utilizaram o critério de custo e benefício, sem que isso fizesse excluir

a possibilidade de se reconhecer em alguns momentos o uso do critério de maximização da riqueza social, pelo viés da minimização de custos sociais.

Nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Luís Barroso, por exemplo, fica visível a reflexão consequencialista. Como o sistema carcerário é degradante, ou seja, além de violador de direitos fundamentais, também não consegue conter a reincidência, resulta que ele acaba sendo mais um fator de aumento da criminalidade. Assim, a situação caótica do sistema penitenciário não é somente tão ruim para os presos e apenados, mas também para a sociedade. Então, na visão deles, a decisão precisava analisar esse aspecto da repercussão da deficiência do sistema carcerário para a sociedade. Nesse sentido, precisaria se encontrar uma decisão legal e justa, mas também eficiente que buscasse tornar o sistema penitenciário menos deficiente.

No caso da ADPF 347 MC/DF, os julgadores com a decisão não procuraram tornar o sistema mais eficiente. Em verdade, buscavam torna-lo menos deficiente, a partir do reconhecimento de que a situação do sistema carcerário era e é grave, a ponto de ser taxada de “estado de coisas inconstitucional”. Nesse cenário, o julgado apresentou argumentos de eficiência utilizados pelos julgadores, não que o princípio da eficiência tenha sido utilizado como fundamento maior da decisão, mas foi considerado como um argumento forte e consistente por vários ministros do STF em seus votos.

A aplicação do princípio da eficiência na fundamentação das decisões judiciais, como amplamente demonstrado, é razoável a fim de permitir que o julgador, durante o processo de argumentação possa perquirir sobre as consequências da decisão, avaliando os possíveis resultados e escolhendo aquele que, segundo determinado critério, ofereça um melhor resultado não somente para as partes, mas também para a sociedade.

O princípio da eficiência, como todo princípio, é uma norma jurídica dotada de estrutura deontológica diferenciada das regras. O princípio visa a dar força normativa a um valor para que este seja observado, cultivado, reforçado e insistentemente observado na teoria e prática da decisão judicial.

Como visto, Dworkin e Posner divergem sobre o valor moral da eficiência, notadamente, sobre o critério da maximização da riqueza social. Para Dworkin, a eficiência não possui valor fundamental, mas apenas instrumental em uma sociedade, na distribuição de bens e recursos. Posner, por sua vez, entendia a eficiência como valor fundamental, no início de sua teoria, mas depois, a partir da crítica de Dworkin e outros teóricos, acabou reconhecendo que defender a eficiência como valor fundamental não seria razoável, por isso

passou a considerar a eficiência como valor instrumental, ou seja, um valor a ser considerado entre outros valores como igualdade, liberdade e legalidade. A partir daí, ele passa a defender a eficiência como um critério econômico que pode ser utilizado como padrão jurídico do tipo princípio pelo juiz no julgamento de casos complexos.

O debate entre Ronald Dworkin e Richard Posner, sobre o valor jurídico da eficiência foi elucidativo, pois permitiu concluir que a eficiência é um princípio jurídico, diferentemente do que pensa Dworkin que a considera uma política. As razões para considerar a eficiência como princípio foram encontradas tanto na teoria juspragmática de Posner como na teoria juspositivista de MacCormick, que não fazem uma distinção formal entre princípios e políticas, aceitando que princípios possam abarcar metas e objetivos coletivos e, portanto, argumentos de política.

O reconhecimento de que a eficiência é um princípio e possui valor jurídico, mesmo em uma visão pragmática, não desconsidera que ela satisfaz padrões éticos e morais, visto que a partir do critério da maximização da riqueza social, a melhor distribuição da riqueza, sendo considerada a riqueza como um bem público, tende a ser um valor instrumental que no momento da decisão judicial, tende a ser de interesse antecedente da maioria da sociedade, principalmente, naquela em que a responsabilidade social é aceita. Nesse cenário, o juiz tem o dever ético de proferir decisões que possam maximizar a riqueza social.

O uso de um princípio historicamente relacionado a Economia e a Administração no âmbito do Direito revela-se importante, em uma visão pragmática, por permitir uma leitura mais interdisciplinar da ciência jurídica, que busca soluções jurídicas para problemas complexos cada vez mais frequentes em uma sociedade com pluralidade e diversidade de valores morais e políticos.

Em casos complexos que importam a concretização de direitos fundamentais, o uso do princípio da eficiência não significa uma despreocupação com os direitos humanos, em sua dimensão individual e coletiva. A eficiência, apesar de forte traço utilitarista, não impõe uma leitura excludente de direitos fundamentais. Ao contrário, se bem ponderada, permite que o julgador, em cenário de escolhas trágicas, possa fazer opção por decisões judiciais que aloquem adequadamente recursos e promovam a efetividade de direitos fundamentais.

O juiz – e isso é uma realidade concreta no direito brasileiro – cada vez mais é chamado a fazer o controle judicial de políticas públicas e, nesse cenário, ele tem que se posicionar sobre a efetividade de direitos fundamentais. Ocorre que a concretização desses direitos fundamentais não envolve somente a fundamentalidade dos direitos, mas também a

análise do custo dos direitos, porque se vive – e nosso país, por conta de uma forte crise política e econômica, não está longe disso – em um ambiente de escassez de recursos. Então, a distribuição de bens e de recursos também tem que ser avaliada pelo julgador, porque no momento da decisão judicial, ele atua não apenas como controlador de uma política pública, mas também como legislador ocasional e indutor de uma política pública substitutiva. Nesse diapasão, ele tem que se posicionar sobre a distribuição de bens e recursos e a análise da eficiência da decisão, como se tem apontado, é importante porque a decisão vai gerar reflexos não somente para as partes do processo, mas também para a sociedade.

A aplicação desse princípio deve se dar por meio de ponderação com outros princípios igualmente importantes, mas que, a depender do caso concreto, devem ser relativizados, na busca de soluções que sejam, na medida do possível, não somente justas, mas também eficientes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sobre o conceito de princípio de Direito**. In: Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5 ed. Rev. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, julgado em 09.09.2015. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665)

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York, W.W. Norton & Company, Inc., 1978.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Fabiano. **O princípio da eficiência no processo coletivo constituição, microsistema do processo coletivo e novo código de processo civil**. In: MILARÉ, Édís (Coord). Ação Civil Pública: Após 30 anos. São Paulo: ED. Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO BORGES, Ernesto Mendonça de. **O princípio do direito, de acordo com a concepção teleológica**. São Paulo, Revista da USP, 1934. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/viewFile/65315/67920>. Acesso em: 19 set 2017

CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. **A eficiência como fundamento da decisão judicial em direito empresarial**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/adrianoastroaeficienciaco mofundamentodadecisaojudicial.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

COLEMAN, Jules L. **Book Review: Tragic Choices**. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series. 4203, 1979. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4203](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4203). Acesso em: 31 jul 2017.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

COSSIO DIAZ, José Ramón. *Derecho y Análisis Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Das normas fundamentais do processo civil**. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER Jr, Fredie; ZANETTI Jr, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. 4. Item 2.2.5.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_. **Há uma resposta certa em casos difíceis? Elementos para análise dos direitos humanos em juízo**. In: *Saber. Ciências sociais aplicadas*. Belém, v. 6, n. 1-2, p. 63-74, jan/dez, 2007.

\_\_\_\_\_. **O controle judicial de políticas públicas**. 2ª. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University, 2008.

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

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Order of the coif lecture: reply, 29**. *Arizona State Law Journal*. v. 29. p. 431-458. 1997.

\_\_\_\_\_. **In praise of Theory**. In: *Justice in robes*. London, England: The Belknap press of Harvard University press, 2006, p. 49-74.

FALBO, Ricardo Nery. **Reflexões epistemológicas sobre o direito e a prática da pesquisa jurídica**. *Direito e Práxis*, vol. 03, n. 02, 2011.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. **A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen Posner**. *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery*. Curso de Direito, No. 17, Jul/Dez 2014.

FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (org), **Direito e Economia no Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Economia: introdução ao movimento Law and Economics**. Brasília: Revista Jurídica, v. 7, n. 73, p. 01-10, junho/julho, 2005.

GONÇALVES FILHO, João Gilberto. **O princípio constitucional da eficiência no processo civil**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2010.

GOODHART, Arthur L. **Determining the Ratio Decidendi of a Case**. The Yale Law Journal, Vol. 40. No. 2 (Dec. 1930), p. 161-183.

GREEN, Craig. **What does Richard Posner know about how judges think?** Califórnia: California Law Review, v. 98, pp. 625-666, 2010.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LEITE, Geraldo Neves; DIAS, Jean Carlos. **A decisão judicial nos casos difíceis: uma análise a partir do debate entre Dworkin e Posner**. Curitiba: Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 2, No. 2, p. 149-169, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito**. Trad. Bruno Miragem. 2ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas de Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2 Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com os Precedentes. Regras, Analogias e Princípios**. São Paulo, Revista Direito GV, Jul-Dez 2012, p. 587,624.

MENAND, Louis (Ed.). **Pragmatism: a reader**. New York: Vintage Books, 1997.

MENEZES, Maria Arlinda de Assis. **Do método do caso ao case: a trajetória de uma ferramenta pedagógica**. Rev. Educação e Pesquisa. São Paulo, v. 35, n. 1, p. 129-143, jan/abr. 2009.

PEREIRA, Leonardo Fadul. **Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: Algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner.** In: DIAS, Jean Carlos (coord.). O pensamento jurídico contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Rio de Janeiro: CIS-PUC/RIO, 2014. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 24 Out 2017.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Rev. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Economia da Justiça.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Para além do Direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **How judges think?** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. **Problemas da filosofia do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Economic analysis of law.** New York: Aspen Publishers, 1973.

\_\_\_\_\_. **Economic analysis of law.** 7ª. Ed. New York: Aspen Publishers, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Conceptions of legal “theory”. A response to Ronald Dworkin.** Arizona: Arizona State Law Journal, v. 29, p. 377-388, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tribute to Ronald Dworkin – And a note on pragmatic adjudication.** New York: New York University Annual Survey of American Law, v. 63, p. 09-13, 2007c.

\_\_\_\_\_. **A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law.** Hofstra Law Review, Vol. 9, Ed. 3, Art. 2, 1981.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Trad. Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RECKON OPEN. **Pareto improvements and Kaldor-Hicks efficiency criterion.** 2010-12-14T16:50:46. Disponível em [http://www.reckon.co.uk/open/Pareto improvement and Kaldor-Hicks efficiency criterion](http://www.reckon.co.uk/open/Pareto%20improvement%20and%20Kaldor-Hicks%20efficiency%20criterion), Acesso em 04/11/2016, às 18h48.

RENDEIRO, Carla Blanco. **Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do Direito.** In: DIAS, Jean Carlos (coord.). O pensamento jurídico contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução.** Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno M. **Direito e Economia: Textos escolhidos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner.** São Paulo: Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2012. Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35).

\_\_\_\_\_. **Direito, Justiça e Eficiência. A perspectiva de Richard Posner.** São Paulo: Getulio Vargas Foundation, Law School, 2008. Disponível em [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30).

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional.** In: \_\_\_\_ (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia.** 3ª. Imprensa, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SGARBI, Adian. **Clássicos de Teoria do Direito.** 2ª. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais.** In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008

SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **O método do caso como alternativa para o ensino do direito no Brasil: virtudes, problemas e desafios.** In SIMÕES, Sandro Alex de Souza e DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso (Orgs.). Ensaio sobre direito constitucional: estudos em homenagem ao professor Orlando Bitar. Belém: Ed. CESUPA, 2003.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá, 2013.

STONE, Deborah. **Policy paradox.** New York: WWNorton, 2002.

SUNSTEIN, Cass e HOLMES, Stephen. **El Costo de Los Derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial.** Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triglinelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TAMANAH, Brian Z. **Pragmatism in U. S. Legal Theory: its application to normative jurisprudence, sociolegal studies, and the fact-value distinction.** The American Journal of Jurisprudence, v. 41, p. 315-355, 1996.

TARUFFO, Michele. **Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil.** Páginas sobre justicia civil, Marcial Pons, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano

Benetti (org). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

**ANEXO**  
**ADPF 347 MC/DF**