

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS - CCSH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

Bernardo Girardi Sangoi

**A DUPLA FACE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E
ECONOMIA NA SOCIEDADE EM REDE: UMA ANÁLISE DA
JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA DE AGÊNCIAS
REGULADORAS**

**Santa Maria, RS
2018**

Bernardo Girardi Sangoi

**A DUPLA FACE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NA SOCIEDADE
EM REDE: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA DE
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Dissertação apresentada ao Mestrado em
Direito do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de
Santa Maria (UFSM, RS), como
requisito parcial para a obtenção do
título de **Mestre em Direito**.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Angela Araújo da Silveira Espíndola

Santa Maria, RS.
2018

Sangoi, Bernardo Girardi

A dupla face da relação entre Direito e Economia na Sociedade em Rede: uma análise da jurisprudência do STF em matéria de agências reguladoras / Bernardo Girardi Sangoi.- 2018.

141 p.; 30 cm

Orientadora: Angela Araújo da Silveira Espíndola
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de Pós-Graduação em Direito, RS, 2018

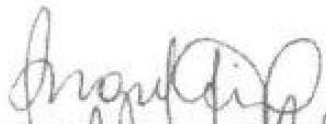
1. Autonomia do Direito 2. Decisão judicial 3. Direito e Economia I. Espíndola, Angela Araújo da Silveira II. Título.

Bernardo Girardi Sangoi

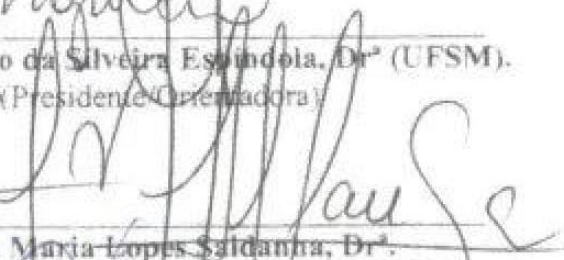
**A DUPLA FACE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NA SOCIEDADE
EM REDE: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA DE
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Dissertação apresentada ao Mestrado em
Direito do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de
Santa Maria (UFSM, RS), como
requisito parcial para a obtenção do
título de **Mestre em Direito**.

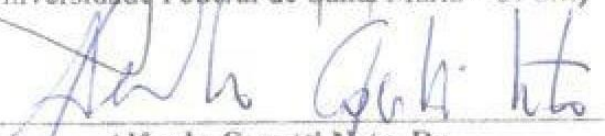
Aprovado em 10 de dezembro de 2018.



Angela Araujo da Silveira Escondida, Dr.^a (UFSM).
(Presidente/Orientadora)



Jânia Maria Lopes Saldanha, Dr.^a.
(Universidade Federal de Santa Maria - UFSM)



Alfredo Copetti Neto, Dr.
(Universidade Estadual do Paraná - UNIOESTE)

Santa Maria, RS.
2018

AGRADECIMENTOS

A Deus. Muito obrigado por tudo, por estar sempre comigo, e por ter me inspirado a escrever esta dissertação.

À minha família: meu pai, Elio, minha mãe, Salete, e minha irmã, Larissa. Obrigado pelo apoio incondicional de sempre. Amo vocês!

À minha orientadora e amiga, professora Dra. Angela Araújo da Silveira Espíndola, meu agradecimento especial, por estes anos de aprendizado e parceria na caminhada da pesquisa e por todas as contribuições para este trabalho.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e à Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), pelo Mestrado que tive a satisfação de cursar.

À CAPES, pela bolsa de estudos concedida como fomento à pesquisa.

Ética de governo:
O injusto foge sem ser perseguido, mas o justo é intrépido como leão.
Quando no país reina a transgressão, os chefes se multiplicam; mas o homem sensato e prudente mantém o direito.
Pobre que explora os fracos é chuva devastadora que deixa sem pão.
Os que abandonam a Lei elogiam o injusto; os que observam a Lei rompem com ele.
Os homens maus não compreendem o direito, mas os que buscam a Javé compreendem tudo.
É melhor um pobre de comportamento íntegro, do que um rico de conduta perversa.
Quem observa a Lei é filho inteligente, mas o amigo dos corruptos envergonha seu pai.
(Provérbios, 28, 1-7)

RESUMO

A DUPLA FACE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NA SOCIEDADE EM REDE: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM MATÉRIA DE AGÊNCIAS REGULADORAS

AUTOR: Bernardo Girardi Sangoi

ORIENTADORA: Angela Araújo da Silveira Espíndola

No contexto da sociedade atual, marcada por um cenário de crises e de globalização, revela-se fundamental investigar a interdisciplinaridade entre o Direito e a Economia, de modo que o primeiro tenha preservada sua autonomia, e não fique meramente à mercê de interesses da segunda. Nesse duplo movimento, em que a Economia se direciona ao Direito e vice-versa, evidenciam-se questões que, dada a sua complexidade, são jurisdicionalizadas com vistas a uma solução que ponha fim a controvérsias juseconômicas, o que não é uma tarefa tão simples. Um desses dilemas versa sobre os limites dos poderes normativos conferidos às agências reguladoras, isto é, até que ponto elas possuem competência técnica legislativa, intervindo na economia, mas sem que isso acarrete a violação a direitos. É nesse panorama que se insere a presente dissertação, cujo problema de pesquisa assim se coloca: Em que medida é possível preservar a autonomia do Direito em seu diálogo com a Economia, no plano judicial, a partir da fundamentação das decisões do STF em matéria de agências reguladoras? Para tanto, o “método” de abordagem utilizado é a fenomenologia-hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana (coloca-se a palavra entre aspas, uma vez que a abordagem hermenêutica se configura muito mais como um caminho de pesquisa do que um método em si), aliado aos “métodos” de procedimento funcionalista, interdisciplinar e de coleta de decisões judiciais. O objetivo geral é, assim, investigar a relação entre Direito e Economia na Sociedade em Rede, enquanto que os objetivos específicos residem (a) em averiguar o cenário de crises da modernidade e do Estado em meio à globalização neoliberal e à Sociedade em rede, e de que forma isso impacta o (problema da autonomia do) Direito e a jurisdição; (b) investigar a relação entre Direito e Economia, a partir de um duplo movimento de entrelaçamento recíproco, diante da possível funcionalização do primeiro pela segunda, em meio à Análise Econômica do Direito (AED) e, de outro lado, o Direito Econômico; (c) indagar-se acerca da resposta correta em Direito, entre a verdade e a verossimilhança, e de que forma isso pode ser visualizado na relação jurídico-econômica; (d) abordar decisões do STF em que se verifica o dilema entre Direito e Economia em matéria de agências reguladoras, envolvendo o poder normativo das agências reguladoras, e qual(is) a(s) soluções adotadas nesse sentido, se são fontes de eficiência ou de proteção de direitos fundamentais. Nessa ordem de ideias, as justificativas para o trabalho residem na necessidade de se averiguar, judicialmente, como se têm decidido questões emblemáticas que envolvam Direito e Economia, de modo a se buscar resguardar a autonomia do primeiro em face da segunda e (2) na imperatividade de se indagar acerca do sentido do Direito diante de um contexto de globalização neoliberal. Em outras palavras, merece reflexão o questionamento sobre qual a sua imagem diante do “espelho” (parafraseando o conto homônimo de Machado de Assis e a série televisiva *Black Mirror*). O Direito seria, assim, um “espelho negro” ofuscado pelos interesses meramente econômicos? Diante dessa discussão, conclui-se que as decisões do STF, em matéria de agências reguladoras, são fontes, sobretudo, de proteção de direitos fundamentais, com algumas noções de eficiência alocativa e outros conceitos econômicos. Além disso, as controvérsias juseconômicas nessa seara são resolvidas pelo princípio da proporcionalidade e pela ponderação, com aproximação maior do Direito Administrativo Econômico do que da AED. No mais, cabe frisar que se trata de um rol exemplificativo de decisões analisadas, de sorte que não se pode responder ao problema jurídico

afirmando que a Corte preserva a autonomia do Direito em todos os seus julgados envolvendo Direito e Economia.

Palavras-chave: Agências Reguladoras. Análise Econômica do Direito. Autonomia do Direito. Decisão judicial. Direito Econômico.

ABSTRACT

THE DOUBLE SIDE OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE LAW AND ECONOMICS IN NETWORK SOCIETY: AN ANALYSIS OF STF JURISPRUDENCE IN THE FIELD OF REGULATORY AGENCIES

AUTHOR: Bernardo Girardi Sangoi

ADVISOR: Angela Araújo da Silveira Espíndola

In the context of society nowadays, marked by a scenario of crises and globalization, it is fundamental to investigate the interdisciplinarity between law and economics, so that the first has preserved its autonomy, and is not merely at the mercy of interests of the second. In this double movement, in which the Economy is directed to the Law and vice versa, there are issues that, due to their complexity, are jurisdictionalised with a view to a solution that puts an end to juseconomics controversies, which is not a simple task. One of these dilemmas is about the limits of the normative powers conferred on the regulatory agencies, that is, to what extent they have legislative technical competence, intervening in the economy, but without this entailing the violation of rights. It is in this panorama that the present dissertation is inserted, which research problem is: in what measure is possible to preserve the autonomy of the Law in its dialogue with the Economy, in the judicial plane, based on the STF decisions in the matter of regulatory agencies? To that end, the "method" of approach used is the phenomenology-hermeneutics of the Heideggerian-Gadamerian matrix (the word is in quotes, because the hermeneutical approach is much more a search path than a method in itself), together with the "methods" of functionalist, interdisciplinary and judicial decision-making procedures. The general objective is to investigate the relationship between Law and Economics in the Network Society, and the specific objectives are to (a) investigate the scenario of crises of modernity and the State in the midst of neoliberal globalization and Network society, and how this impacts the (problem of the autonomy of) Law and jurisdiction; (b) to search the relationship between law and economics, based on a double reciprocal interlacing movement, in view of the possible functionalization of the first by the second, in the midst of the Economic Analysis of Law (AED) and, on the other, Economic Law; (c) inquire about the "right answer" in Law, between truth and verisimilitude, and how this can be visualized in the legal-economic relationship; (d) approach STF decisions in which the dilemma between law and economics in the matter of regulatory agencies, involving the regulatory power of them, and which solutions are adopted, if they are sources of efficiency or protection of fundamental rights. In this sense, the justification for the work lies in the need to verify, judicially, how emblematic issues involving Law and Economy have been decided, in order to preserve the autonomy of the first in the face of the second and (2) in the imperative to inquire about the meaning of Law in the context of neoliberal globalization. In other words, it means the reflection on the question of its image before the "mirror" (paraphrasing the homonym literary tale of Machado de Assis and the television series called Black Mirror). Is the Law, therefore, a "black mirror" overshadowed by merely economic interests? In view of this discussion, it is concluded that the decisions of the STF, in matter of regulatory agencies, are, about everything, sources of protection of fundamental rights, with some notions of allocative efficiency and other economic concepts. In addition to this, the juseconomic controversies in this area are solved by the proportionality principle and the weighting, with a greater approximation of the Economic Administrative Law than of the Economic Analysis of Law. Moreover, it should be emphasized that this is an exemplary role of analyzed decisions, so that one can not answer the legal problem by stating that the Court preserves the autonomy of Law in all its judgments involving Law and Economy.

Keywords: Regulatory Agencies. Economic Analysis of Law. Autonomy of Law. Judicial decision. Economic Law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Os 10 temas com maior quantidade de processos sobrestados.....	37
---	----

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Diferenças entre a AED Positiva e a AED normativa	57
Quadro 2 – Escolas da Análise Econômica do Direito.....	58
Quadro 3 – Agências reguladoras federais existentes no Brasil.....	89
Quadro 4 – Perguntas-guia para a análise da fundamentação das decisões judiciais do STF	107
Quadro 5 – Leading cases envolvendo Direito e Economia em matéria de poder normativo das agências reguladoras.....	121

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
ANCINE	Agência Nacional de Cinema
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: O DIREITO E SEU ESPELHO	22
PARTE I – DA ECONOMIA AO DIREITO: O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO E SEU REFLEXO EM MEIO À GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA	30
1 DELIMITANDO O CENÁRIO: A SOCIEDADE EM REDE E A GLOBALIZAÇÃO (ECONÔMICA) EM MEIO A UM PANORAMA DE CRISES ..	32
1.1 O CENÁRIO SOCIETÁRIO: AS REDES E A GLOBALIZAÇÃO.....	32
1.2 O CENÁRIO DE CRISES: DA MODERNIDADE, DO ESTADO, DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO.....	42
2 DIREITO E ECONOMIA NO <i>BLACK MIRROR</i>: O RISCO DE FUNCIONALIZAÇÃO DO JURÍDICO PELO ECONÔMICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	54
2.1 DA ECONOMIA AO DIREITO: O DIREITO ECONÔMICO	55
2.2 DO DIREITO À ECONOMIA: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	57
2.3 O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO E O RISCO DE SUA FUNCIONALIZAÇÃO PELA ECONOMIA	59
PARTE II – DO DIREITO À ECONOMIA: O CENÁRIO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE AGÊNCIAS REGULADORAS	86
1 ENTRE A VERDADE E A VEROSSIMILHANÇA: A RESPOSTA CORRETA EM DIREITO E ECONOMIA	88
1.1 DELIMITANDO O CAMPO DE ATUAÇÃO: AS AGÊNCIAS REGULADORAS	88
1.2 A MATRIZ DWORKINIANA DA RESPOSTA CORRETA.....	94
2 STF NO ESPELHO: UM ESPECTRO DE DECISÕES ENVOLVENDO DILEMAS ENTRE DIREITO E ECONOMIA EM MATÉRIA DE AGÊNCIAS REGULADORAS	104
2.1 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A PESQUISA.....	104
2.2 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL PELO STF	108
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

1 INTRODUÇÃO: O DIREITO E SEU ESPELHO

Um espelho. Entre a opacidade e a transparência, um objeto de alta carga simbólica. Um espelho revela o que é, ou o que aparenta ser? Poderia ele refletir, o mais fielmente possível, a “realidade” de uma dada sociedade, ou isso seria uma tarefa vã? Caso o Direito pudesse ser colocado em frente a um espelho, o que ele “veria”?

Tais indagações serviram de base para a presente investigação, uma vez que perquirem acerca de uma questão de fundo que merece reflexão nos tempos atuais: o sentido do Direito. A resposta, nada fácil. Pensar o porquê de uma construção jurídica se sedimentar em uma e não em outra base requer uma tomada de consciência histórica para um cenário de crises paradigmáticas superpostas ao longo de alguns séculos de história, sobretudo a partir da tradição liberal do período moderno. A centralização no indivíduo e no apelo excessivo à razão provocaram uma cisão entre o mundo do ser e do dever-ser, aquilo que “é” daquilo que “deveria ser”, como se fosse possível a existência de mundos perfeitos desvencilhados da realidade.

Somado a isso, evidencia-se um momento de aceleração provocado pelo *boom* da globalização, no final do século XX, sobretudo em sua vertente econômica, e que tem provocado rupturas e (des)alinhamentos nas relações dos seres humanos entre si e com as ciências. No Direito, tais impactos são igualmente sentidos, observando-se, exemplificativamente, um fenômeno de jurisdicionalização, com a crescente demanda ao Poder Judiciário na resolução de conflitos, em que pese vias alternativas serem paralelamente estimuladas com vistas a uma maior celeridade do que a prestação jurisdicional (e talvez exatamente pela sobrecarga provocada pela crescente jurisdicionalização).

Pode-se dizer, em meio a isso, que a “palavra de ordem”, em não raras ocasiões, tem sido a eficiência. Ser eficiente tornou-se uma espécie de vetor de atuação também dos atores jurídicos, o que abre um leque de aproximações interdisciplinares com um outro campo do saber: a Economia. Diante disso, surgem inúmeros desafios, especialmente quando se envolvem interesses colidentes, como proteger um direito fundamental ou prestigiar a eficiência. A resposta, aparentemente fácil, nem sempre se dirige ao primeiro, uma vez que requer uma postura de harmonização diante do tensionamento principiológico.

Considerando esse contexto, é importante trazer à baila uma aproximação com a literatura e o cinema, por meio do conto literário de Machado de Assis, intitulado “O Espelho”, e de uma recente série televisiva, “*Black Mirror*”, cuja tradução significa “Espelho

Negro”, e que atravessam, metaforicamente, a investigação¹. A justificativa para tanto reside na premência de estudos que busquem romper com o ensino jurídico dogmatizado, como um fim em si mesmo, e sim levem o jurista a pensar “fora da caixa”, de maneira “a-fôrma”².

Assim, o conto “O Espelho”, de Machado de Assis, escrito em 1882, traz a história de Jacobina, personagem principal que, reunida em uma sala com quatro ou cinco cavalheiros, na penumbra, rememora um relato de sua juventude, quando era alferes da Guarda Nacional, uma profissão de bastante prestígio na época. Ele possuía uma teoria, de que cada ser humano carrega consigo duas almas, uma voltada de dentro para fora, e outra que vem de fora para dentro.

Jacobina contou aos seus compatriotas que, devido ao orgulho de sua família (que era pobre) por ter conquistado cargo de alto escalão, passou a ser chamado de alferes a todo o momento. Nesse contexto, foi convidado por uma de suas tias a visitá-la por cerca de um mês em seu sítio. Por conta de uma notícia de doença na família, os parentes tiveram que sair de viagem, às pressas, restando a casa sob os seus cuidados. Havia lá alguns escravos, que acabaram fugindo, deixando-o sozinho.

Antes, porém, a tia se encarregara de colocar um grande espelho que recebera de presente nos aposentos do hóspede. A peça era tão ornamentada, que acabava por destoar dos móveis simples do resto da casa. Solitário, voltou-se ao espelho, onde se encontrou frente a frente consigo mesmo. Mas a imagem era-lhe opaca. Foi então que teve uma ideia, e vestiu-se de alferes. Ao mirar-se novamente, enfim se reconheceu, e assim passou dias replicando sua imagem ilibada duplamente, de modo que, dessa maneira, não ficava tão só.

O conto em questão tem por escopo a elaboração de um “Esboço de uma nova teoria da alma humana”. Candido (1970, p. 7), ao investigar a obra machadiana, pontua o problema da divisão do ser, de sua origem. A alegoria da farda, segundo o autor, denota a imagem do “ser através dos outros”, o qual parece uma “sombra perdida” diante de sua imagem borrada no espelho (quando se olha, pela primeira vez, sem que esteja trajado de alferes). Em meio ao deserto do sítio que ficou abandonado, a carga simbólica do conto evidencia uma “espécie de alegoria moderna das divisões da personalidade e da relatividade do ser”.

Trazendo a discussão para a atualidade, esse mesmo problema do ser pode ser encontrado em uma recente série televisiva intitulada *Black Mirror*, que é uma antologia de

¹ Para uma abordagem mais específica da relação entre o Direito e (seu) espelho, à luz do conto e da série, sugere-se consultar trabalho do autor sobre o tema, apresentado no VI Colóquio Internacional de Direito e Literatura e que serviu de inspiração para a construção metafórica delineada nesta dissertação (SANGOI, 2018).

² O neologismo “a-fôrma” é usado na crítica à ideia de que os juristas são “formados em uma fôrma” segundo um arquétipo pré-determinado.

ficção científica que, organizada em episódios isolados com temas nefastos e palco satírico, denunciam consequências abjetas da relação entre os homens e as novas tecnologias. Criada por Charlie Brooker, em 2011, conta atualmente com quatro temporadas, abordando temas desde a obsessão por popularidade em redes sociais e o que se estaria disposto a fazer em prol de tanto, até as potencialidades de condutas criminosas serem cometidas de modo vil com o auxílio de aparatos tecnológicos.

Trata-se de um “espelho negro” da sociedade atual, que se caracteriza pela distopia ou anti-utopia. Ao denunciar extremos por meio da ficção, que embora transcendente possa se tornar realidade, a distopia promove um choque social, o que se vê na literatura de Adous Huxley, em que se tem um *Admirável mundo novo* movido por relações superficiais e a supremacia do poder econômico sobre a essência humana. Talvez isso já esteja acontecendo, ainda que paulatinamente e sem que haja uma percepção cabal sobre esse “novo” mundo.

Ocorre que tais enredos não deixam de clarificar uma dicotomia que se instaura entre a alma externa, que busca o prestígio e o *status*, e a alma interna, que “esconde” a real personalidade. Sim, assiste-se a um contraste entre ser e parecer, cuja ponte é a máscara social escolhida para encarnar esta ou aquela personagem. Questiona-se, assim, o que o Direito “é”, mas não a “realidade”, supostamente tangível, que é apresentada como verdade, mas sim a sua “essência”. Quer dizer que o “real”, diante do espelho, seria uma mera aparência, e não o seu “ser”.

Trazendo para o contexto da sociedade atual, marcada por uma dinâmica de redes e de rompimento de uma lógica linear de espaço e tempo, o Direito tem perpassado por significativas mudanças, acentuadas por um cenário de crises que impactam a articulação do Estado e da jurisdição, e atreladas significativamente à globalização. A sua autonomia é colocada em risco, uma vez que ele pode ser funcionalizado por interesses de outras áreas, como a política, a economia, etc. Em muitas das práticas discursivas do ramo desta última, encontra-se presente a noção de que o Direito deve servir para maximizar riquezas, o que não deixa de ser um alerta para a todo o arcabouço jurídico-constitucional que congregou, paulatinamente, a proteção de caros direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, é de se pontuar a Análise Econômica do Direito (AED) que, inclusive, apresenta bases filosóficas, sobretudo atreladas ao realismo jurídico, para justificar seus ideais. Para este movimento, de uma maneira geral, considerando que o direito “é o que é”, repleto de ilegalidades e injustiças no contexto das leis de mercado, deve-se buscar justamente regular tais situações, independentemente de suas possíveis conotações imorais. Ora, isso revela uma face obscura da relação entre Direito e Economia, tal como um “espelho negro” ou um *Black Mirror*,

como se propõe metaforicamente no presente trabalho, e que traz uma forte crítica da relação entre Direito, sociedade e novas tecnologias através da ficção científica.

É nesse panorama que se insere a problemática acima proposta, tendo como tema o Direito e a Economia na Sociedade em Rede. A delimitação dessa inter-relação se dá no plano judicial, a partir da fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), em função de sua notável influência, enquanto órgão de cúpula, no Direito brasileiro. A matéria eleita para a abordagem, por sua vez, é o estudo agências reguladoras, haja vista sua ascensão no cenário de globalização neoliberal, e o papel desempenhado na economia e impactos gerados na população decorrentes de suas decisões, levando em conta a prestação de serviço público. O problema jurídico assim se coloca: Em que medida é possível preservar a autonomia do Direito em seu diálogo com a Economia, no plano judicial, a partir da fundamentação das decisões do STF em matéria de agências reguladoras?

Tendo em vista essas ideias, o “método” de abordagem utilizado é a fenomenologia-hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana. Utiliza-se a palavra entre aspas, uma vez que a abordagem hermenêutica configura-se muito mais como um caminho de pesquisa, um modo de ser-no-mundo, do que propriamente uma metodologia tradicional, típica do conhecimento dedutivo ou indutivo. Nessa investigação qualitativa, questiona-se acerca da ontologia do ser, do modo-de-ser-no-mundo, a historicidade, o círculo hermenêutico, o sentido da jurisdição em meio ao Estado Democrático de Direito brasileiro³.

³ Nesse sentido, é importante traçar algumas balizas que servem de norte à investigação, tendo em vista o diálogo paralelo que ajudam na compreensão do texto. Em primeiro lugar (1), deve-se ter em mente que o ser humano só existe no mundo enquanto realidade histórica, sendo impossível de serem extirpados todos os seus preconceitos, dado que compõem a razão histórica de seu ser. Logo, ele não é uma *tabula rasa*, não partindo do “grau zero”, como pensava Descartes. Em segundo lugar (2), é imprescindível a ideia da historicidade do Direito que, segundo Kaufmann (2000, p. 36-37), é um “[...] modelo de estrutura jurídica baseada ontologicamente no modo de ser do Direito, e em consequência não arbitrária, de todo ordenamento jurídico concreto”. Trata-se da “historicidade ontológica do Direito”, como ele possui história. Isso significa que o Direito se determina através do tempo, razão pela qual é considerado histórico (e não um acontecimento). Mas seu desenvolvimento não se dá de modo discricionário. Pelo contrário, o caminho deve ter um objetivo totalmente determinado em direção ao Direito natural. Neste sentido, tem-se um “Direito jurídico temporal”, em que a historicidade é clarificada pelo Direito natural, para “alcançar o inalcançável” (KAUFMANN, 2000, p. 43). Em terceiro lugar (3), é mister considerar que o estudo em tela volta-se para um objeto essencialmente complexo, que requer a interdisciplinaridade e a interligação de pensamento global, multidimensional e complexo, o que nem sempre é fácil. Conforme Morin (2007, p. 35, 38), o global parte da noção de que as diversas partes encontram-se ligadas modo inter-retroativo ou organizacional e de forma hologrâmica, enquanto que o multidimensional congrega múltiplas dimensões, como a histórica, econômica, sociológica, religiosa. Quanto à complexidade, tem-se que os distintos elementos são inseparáveis e constitutivos de um todo, formando-se um “tecido interdependente”. Pontua o autor (2000, p. 20), ainda, que o conhecimento, como fruto de uma tradução e reconstrução pela linguagem, é passível de erro, tendo em vista a subjetividade do conhecedor, sua visão do mundo e seus princípios de conhecimento. No caso da presente pesquisa, o lugar de fala do autor é o Direito, de modo que há limitações no enfrentamento de temas aprofundados de Economia, por exemplo. Porém, isso não se configura óbice ao enfrentamento do tema, uma vez que se busca um ponto de contato, a harmonização de conhecimentos de áreas diferentes, em interconexão. Prova disso é a utilização de uma leitura sociológica para se perquirir a “realidade” atual societária e o sentido, as funções das instituições da esfera social, aliado a uma visão filosófica de mundo, que se volta à tensão entre essência e

Com relação aos “métodos” de procedimento, tem-se o funcionalista, o interdisciplinar e a coleta de decisões judiciais. Aliado a isso, destacam-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Sobre o método de procedimento funcionalista, justifica-se em razão do estudo das funções da jurisdição constitucional brasileira e do sentido do direito em meio à problemática de sua possível funcionalização pela economia. Quanto ao método de procedimento interdisciplinar, conta com um diálogo entre distintos campos do saber, como a Sociologia, Filosofia, Economia, Literatura e o Direito. No que diz respeito aos critérios de seleção das decisões, serão melhor esclarecidos na segunda parte da dissertação. Ainda, cabe pontuar que a matriz teórica de base parte do pensamento de Castanheira Neves acerca do problema da autonomia do Direito.

Para tanto, o objetivo geral é investigar a relação entre Direito e Economia na Sociedade em rede. Quanto aos objetivos específicos, tem-se (a) averiguar o cenário de crises da modernidade e do Estado em meio à globalização neoliberal e à Sociedade em rede, e de que forma isso impacta o (problema da autonomia do) Direito e a jurisdição; (b) investigar a relação entre Direito e Economia, a partir de um duplo movimento de entrelaçamento recíproco, diante da possível funcionalização do primeiro pela segunda, em meio à Análise Econômica do Direito (AED) e, de outro lado, o Direito Econômico; (c) Indagar-se acerca da resposta correta em Direito, entre a verdade e a verossimilhança, e de que forma isso pode ser visualizado na relação jurídico-econômica; (d) abordar decisões do STF em que se verifica o dilema entre Direito e Economia em matéria de agências reguladoras, envolvendo o seu poder normativo, e qual(is) a(s) soluções adotadas nesse sentido, se são fontes de eficiência ou de proteção de direitos fundamentais.

Quanto às justificativas para o estudo, residem, basicamente, (1) na necessidade de se averiguar, judicialmente, como se têm decidido questões emblemáticas que envolvam Direito e Economia, de modo a se buscar resguardar a autonomia do primeiro em face da segunda e (2) na imperatividade de se indagar acerca do sentido do Direito diante de um contexto de globalização neoliberal: qual o “espelho” do Direito?

Partindo dessas premissas, tem-se que a relevância científica da investigação reside na necessidade de compreensão da inter-relação entre Economia e Direito em um mundo globalizado, de modo a se identificar os possíveis reflexos no campo judicial, a partir de uma análise da fundamentação dos julgados para respaldar o posicionamento adotado. Sob a ótica

aparência. De forma alguma se pretende racionalizar o presente estudo, o qual não deixa de se caracterizar como uma racionalidade aberta.

social, a relevância se justifica na imperatividade de se conjugarem dois importantes componentes da arquitetura da sociedade, a Economia e o Direito, buscando-se soluções que não fiquem à mercê (meramente) de interesses do mercado. Essa problemática revela-se fundamental para o balizamento de limites e perspectivas à lógica econômica liberal, com vistas a conjugar tais áreas, sem que haja a funcionalização do jurídico pelo econômico. Quanto à justificativa pessoal, tem-se o grande interesse pelo estudo dos impactos e reflexos que a globalização (ou as globalizações) acarretam no Direito, levando-o à premência de uma reavaliação das perspectivas a serem adotadas diante dos novos fluxos e inter-relações, com o propósito de assegurar importantes e caros direitos fundamentais, fruto de uma árdua luta histórica.

Além disso, a pesquisa se encontra afinada com a proposta da Linha de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), qual seja, Direitos na Sociedade em Rede, uma vez que trata de tema que leva em consideração a dinâmica complexa da sociedade atual, permeada pela influência de redes e novos padrões organizacionais que rompem com a estrutura hierárquica clássica.

Ainda, é de se pontuar que a presente dissertação se encontra dividida em duas partes, a partir de um duplo movimento entre Direito e Economia. Na parte I, aborda-se o movimento da Economia em direção ao Direito, desvelando-se um “diagnóstico” da situação atual (por meio de uma leitura sociológica), permeada por um cenário de crises em meio à globalização econômica e à Sociedade em Rede (capítulo 1). Além disso, confronta-se a noção do Direito apresentado como “aquilo que é”, tal e qual uma “realidade”, na esteira do pensamento de certas categorias da Análise Econômica do Direito (AED), paradoxalmente à sua essência, questionando-se sobre o problema da autonomia do Direito e de sua funcionalização por interesses econômicos (capítulo 2).

Na parte II, discute-se o movimento do Direito em relação à Economia, isto é, como que o jurídico se apropria do econômico para decidir. Para tanto, na sequência do “diagnóstico”, passa-se à “prescrição”, valendo-se da discussão acerca do da construção da resposta correta em Direito, e suas perspectivas em sua imbricação com a Economia, a partir de uma discussão filosófica que interliga problemas como a verdade e a verossimilhança (capítulo 1). Após, a investigação se direciona ao enfrentamento do “jurídico” propriamente, centralizada na fundamentação de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF) envolvendo dilemas juseconômicos em matéria de agências reguladoras (capítulo 2)⁴.

⁴ É importante salientar que essa relação de “diagnóstico”, “prescrição” e “jurídico” foi moldada juntamente com a orientadora ao longo do processo de elaboração do projeto, tendo sido pensada no seguinte sentido: primeiro, é

Por fim, é importante afastar algumas questões que, embora conexas, não são principais a este trabalho, razão pela qual não serão enfrentadas de forma aprofundada: (a) Direito na literatura: a construção metafórica que permeia o trabalho se vale de um diálogo entre *Law ad Literature*, no sentido de que uma obra literária pode servir de base para a discussão de um problema jurídico. Não se tem por escopo, aqui, enfrentar teorias sobre a temática, mas sim valer-se dessa construção interdisciplinar com vistas a enriquecer a discussão; (b) Macroeconomia e microeconomia na Análise Econômica do Direito: a inter-relação entre Direito e Economia que se constrói nas páginas subsequentes se dá a partir de um enfoque filosófico-jurídico das teorias de base adotadas pelas escolas a serem cotejadas, e não sob o prisma matemático e econômico (macro e micro); (c) princípio da proporcionalidade: existe, no Brasil, uma discussão acerca da (im)possibilidade de sua aplicação na fundamentação de decisões judiciais, ainda que seja bastante utilizado pela jurisprudência. Assim sendo, nesta dissertação, será apenas pontuada a discussão, em momento oportuno, reportando-se a trabalhos que se dedicaram ao enfrentamento do tema de forma predominante.

Tendo em vista essas premissas, passa-se à primeira parte do trabalho, abordando-se o cenário societário atual de redes, globalização e crises, em meio ao intercâmbio jurídico-econômico.

preciso avaliar a situação, por isso diagnosticá-la, o que se dá a partir de uma leitura sociológica, e se coaduna ao método de procedimento funcionalista mencionado anteriormente, perquirindo-se acerca do sentido do Direito e de sua engrenagem a partir da lente hermenêutica. Segundo, é preciso prescrever, “medicar”, de modo a delimitar a base do estudo, constituída pela matriz dworkiniana da resposta correta. Assim, ao fim, chega-se ao enfrentamento do “jurídico”, cotejando-se os dados empíricos oriundos das decisões judiciais com o construto teórico proposto.

PARTE I – DA ECONOMIA AO DIREITO: O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO E SEU REFLEXO EM MEIO À GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Nesta primeira parte do trabalho, aborda-se a relação entre Direito e Economia, considerando um modelo em ascensão na arquitetura social, caracterizado pela dinâmica de redes. Para tanto, é contundente trazer à baila o panorama em que se insere a presente discussão, um cenário de crises em meio à globalização (econômica) e de que forma isso impacta o Direito e a jurisdição, descortinando-se o problema da autonomia do Direito (capítulo 1).

Com base nisso, na sequência, passa-se ao diálogo entre Direito e Economia propriamente, entre as potencialidades e os riscos de funcionalização do jurídico pelo econômico, apresentando-se a Análise Econômica do Direito em contraposição ao Direito Econômico (capítulo 2). A discussão em questão, assim, prepara o terreno para o segundo capítulo, em que se aborda a construção da resposta correta envolvendo a interlocução entre as duas áreas, centrada na fundamentação de decisões do Supremo Tribunal Federal.

1 DELIMITANDO O CENÁRIO: A SOCIEDADE EM REDE E A GLOBALIZAÇÃO (ECONÔMICA) EM MEIO A UM PANORAMA DE CRISES

Partindo das premissas aventadas na introdução, cabe refletir acerca da nova dinâmica social, aqui averiguada a partir da Sociedade em Rede, bem como impactada por um fenômeno bastante complexo, a globalização (sobretudo, em sua vertente econômica) (1.1). Na sequência, impende traçar algumas características do paradigma de crises da modernidade, do Estado, do Direito e da jurisdição, sem pretensão de esgotamento do tema (1.2).

1.1 O CENÁRIO SOCIETÁRIO: AS REDES E A GLOBALIZAÇÃO

Para Bauman (2001, 2007a, 2007b, 2008), os tempos atuais configuram-se como uma “modernidade líquida” ou mesmo uma “pós-modernidade”. A liquidez, em sua obra, contempla a noção de mudança brusca e rápida, de modo que não se chega a ter um hábito ou uma rotina. A vida, neste cenário, fragmenta-se em uma vasta gama de episódios, momentos desvinculados, desmanchando a solidez de sua época antecessora (industrial), e tornando tudo fluido, inclusive as instituições sociais.

Chevallier (2009) também caracteriza a nova era como uma “pós-modernidade”, que leva ao extremo o individualismo da modernidade (portanto, uma hipermodernidade), mas ao mesmo tempo rechaça diversas características do antigo modelo, em uma postura antimoderna. De acordo com Kaufmann (1998, p. 5 e 8), a palavra pós-moderno remete a uma época de rompimento com os modelos anteriores da antiguidade, do medievo e do período moderno, buscando uma verdadeira libertação das “caixas de ferro” de tais épocas. Neste sentido, tem-se em vista também a superação de dualismos próprios da modernidade, como é o caso da separação entre sujeito e objeto, a oposição entre racionalismo e irracionalismo. O pós-moderno, assim, coloca-se contra a “razão totalizadora”, típica do perfeccionismo racionalista moderno, mas não é, de modo, algum, irracional. Contudo, não deixará de ser apenas uma extensão daquilo que se chamou de moderno, até porque a cibernética dá marcas de não ser a “utopia concreta do mundo do futuro”⁵.

⁵ O autor não sustenta sua crítica a favor da pós-modernidade nem do irracionalismo, mas sim direciona seus estudos para a defesa e a conservação de conquistas trazidas pela modernidade e, também, pelo racionalismo, alertando acerca de sérios riscos que se pode incorrer nessa época pós-moderna, em que se anunciou uma mudança paradigmática em curso. Sem dúvida, não se trata de efetuar uma acusação à teoria analítica do Direito, mas que esta reconheça seu caráter unilateral e passe a dialogar com outras vertentes, como é o caso da hermenêutica. Aliás, existe uma relação de “pluralismo” na ciência e na filosofia, em que a hermenêutica e a analítica podem se auxiliar

Conforme Castells (1999, 2003, 2012 e 2013), está-se diante de uma “sociedade em rede”, entendida como aquela “cuja estrutura social é composta de redes activadas por tecnologias digitais de comunicação e informação baseadas em microelectrónica. [...]” (CASTELLS, 2013, p. 58). A estrutura social, segundo o autor, refere-se a acordos organizativos humanos, abarcando a relação com a produção, o consumo, a reprodução, bem como com a experiência e o poder, os quais são expressos por uma comunicação traduzida pela cultura.

O conceito de rede, para Castells (2013, p. 53), remete a “um conjunto de nós interligados”, os quais podem ser mais ou menos relevantes, a depender da influência que exercem. Aqueles que são especialmente importantes denominam-se “centros”, mas mesmo assim não deixam de serem nós. Cabe mencionar que o conceito de rede não é recente, a despeito de estar sendo bastante utilizado, nos últimos tempos, para descrever o modelo de sociedade atual. Neste sentido, destaca-se sua utilização por Capra (1995), em sua obra sobre a “Teia da vida”, em que delineia a relação complexa de que todos os seres humanos encontram-se imersos em uma grande teia, e que suas ações produzem consequências sobre todo o sistema, em maior ou menor escala, a depender de sua posição.

Tal sociedade é global, sua estrutura é bastante dinâmica, adapta-se facilmente às forças sociais, à política, à cultura, às estratégias da economia, havendo, porém, prevalência do global sobre o local. Fundamenta-se, basicamente, em duas premissas: (1) sua arquitetura global de redes é autoconfigurável e (2) sua (re)programação dá-se com facilidade, a depender da interação entre diversas geometrias e geografias de redes (CASTELLS, 2013, p. 60-61).

De maneira um tanto semelhante, Ost e Van de Kerchove (2000, p. 9 e 83) também investigaram o modelo de redes, ou *en réseau*, destacando a transformação, ainda que gradual, de um já esgotado paradigma piramidal e hierárquico, cujo horizonte frustrou as expectativas, para outro emergente, caracterizado por uma inter-relação complexa “emaranhada”. Nessa esteira, sinalizam os autores que a internet passa a ser vistas como “rede das redes” de telecomunicações, promovendo a comunicação mundial de televisões, computadores, bases de dados, tudo isso em escala planetária.

Ainda, Chevallier (2009) igualmente pontua a dinâmica de redes, destacando que ela se configuraria como a marca do Direito pós-moderno. Dentre as características listadas pelo autor, tem-se a multiplicidade de pontos que se inter-relacionam, a abertura, a flexibilização,

reciprocamente, até porque a primeira sem a segunda seria “cega”, enquanto que a última sem aquela seria “vazia” (KAUFMANN, 1998, p. 15 e 17).

um “produto aleatório” que resulta das distintas interações, bem como a aplicação do “princípio da relatividade universalizada” e de novos valores.

Muito embora haja o destaque acerca dessa maior flexibilidade, é mister salientar a possibilidade de manipulação *a priori*, especialmente por agentes econômicos poderosos, de tais interações ou de parte delas. Castells (2012, p. 109 e 113) também pondera tal dicotomia, uma vez que a fluidez organizacional pode configurar como uma força libertadora ou repressora, neste último caso se os (re)definidores das regras forem aqueles que hegemonicamente constituem o poder. Trata-se da aplicação da Lei de Krazberg de que “a tecnologia não é nem boa, nem ruim e também não é neutra”. Heidegger (2007) igualmente reflete sobre os efeitos da técnica-tecnologia, aduzindo que seu uso, mesmo que a pretexto de ser meramente instrumental, pode esconder efeitos perversos (maus) ou positivos (bons), mas nunca neutral.

Também, Cassese (2010, p. 73), especificamente voltado à questão estatal, caracteriza a nova ordem de poderes públicos como sendo organizada em rede, na medida em que “[...] papéis, tarefas e posições estão apenas parcialmente definidos”, não havendo que se falar em “limites claros para áreas ou matérias, mas interdependência estrutural e funcional com apoio recíproco”. Trata-se de uma ordem incompleta, pautada pela superposição e pelo entrelaçamento, de modo que nenhuma instituição é totalizante, preponderando a *indirect rule*.

De fato, pode-se dizer que se está diante do “Paradigma da tecnologia da informação” que, segundo Castells (2012, p. 108-109 e 113), possui cinco características basilares: a) a matéria-prima é a informação (as tecnologias agem sobre a informação), b) a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, c) a lógica de redes com complexidade de interação e modelos imprevisíveis (estruturação do não-estruturado, com flexibilidade sendo a força motriz da atividade humana e levando ao crescimento exponencial), d) a flexibilidade e e) a convergência de tecnologias para a formação de um sistema altamente integrado. Não se tem, assim, um fechamento enquanto sistema, mas “abertura como uma rede de acessos múltiplos”. Ao mesmo tempo que forte e impositivo, adapta-se ao desenvolvimento histórico de forma complexa.

Especificamente sobre o Direito, Ost e Van de Kerchove (2000, p. 10) trazem três características: (1) a linearidade cede espaço para a inversão da ordem, em alguns casos fazendo um movimento de *looping* e dissolvendo a “árvore” com a criação de múltiplos pontos de criação do Direito e não um só, único e soberano, (2) a subordinação deixa lugar para a coordenação e (3) a hierarquização sofre limites em função de sua descontinuidade, incompletude e alternância.

A partir dessas considerações, percebe-se que os padrões criados possuem traços em comum, apesar de suas peculiaridades teóricas, que permitem afirmar que a incompletude, abertura e incerteza são características que o distinguem do modelo anterior que, paulatinamente vem sendo substituído. É como se o velho paradigma, esgotado, ainda subjaz juntamente com o novo, tal e qual uma metamorfose. As “cascas” estão sendo trocadas, a pelagem antiga tem sido substituída, enquanto que a nova encontra-se em vias de formação. Diferentemente da transformação da lagarta em borboleta, porém, não se sabe o que esta transformação em curso reserva. Seria ela um *Black Mirror*, de sobreposição do econômico sobre os demais campos, ou a autonomia será triunfante?

Nesse emaranhado de relações, pode-se formular a perspectiva de que o Direito e a Economia estão em “rede”. É como se cada um deles funcionasse como um nó, ou melhor, um “centro”, parafraseando Castells (2013), devido à sua essencialidade, com capacidade de inter-relação recíproca, e também com outros nós, como é o caso do “Estado-rede”⁶. As instituições sociais, como o Poder Judiciário e, mais, o Supremo Tribunal Federal (STF)⁷, podem ser igualmente vistos como nós, eis que também são atores de tal vasta e complexa teia social. Conforme Chevallier (2009), as comunidades de especialistas (que se transformam em sábios) são também redes, e há ainda aquelas consideradas “negras”, e que têm movimentado sobremodo uma economia (também negra), como é o caso de redes de tráfico, do crime organizado, da máfia e do terrorismo.

No caso do STF, pode ser ainda considerado como um nó em intersecção tanto com o Direito como com a Economia, de modo que suas decisões promovem impactos em ambas as esferas, a depender do caso concreto. Um exemplo que bem demonstra isso é a recente decisão, em sede da Suspensão da Tutela Antecipada de nº 871, em que se discutiu a nomeação de cerca de mil professores aprovados em concurso público no estado do Rio de Janeiro. Importa mencionar, por ora, que, no juízo *a quo*, não havia sido concedida a liminar para a nomeação dos concursados, tendo sido a decisão reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o pretexto de que “a crise econômica pela qual passa o estado não pode ser barreira

⁶ Para Castells (1999, p. 436), A globalização do capital, a “multilateralização” das instituições do poder e a descentralização da autoridade para governos regionais e locais ocasionam uma nova geometria do poder, talvez levando a uma nova forma de Estado, o Estado em rede. Atores sociais e cidadãos em geral maximizam as chances de representação de seus interesses e valores, utilizando-se de estratégias nas redes de relações entre várias instituições, em diversas esferas de competência.

⁷ O Supremo Tribunal Federal (STF) é “o órgão de cúpula do Poder Judiciário, tendo sido instituído pelo Decreto n. 520, de 22 de junho de 1890. Ao longo da história da República diferentes Constituições modificaram suas atribuições. Hoje, a configuração do Supremo Tribunal Federal é definida pelo art. 102 da Constituição Federal de 1988, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 2017, p. 9).

intransponível de modo a justificar maior violação de Direitos fundamentais” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Inconformado, o estado do Rio de Janeiro recorreu ao STF da decisão, tendo a ministra Carmen Lúcia, relatora do caso, suspenso a nomeação, sob o argumento de que a “gravíssima crise financeira configuraria situação excepcional para se reconhecer que, no momento, não se pode falar em Direito subjetivo dos candidatos à nomeação e posse” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018). Enfim, sem adentrar na discussão neste momento, é mister destacar que este exemplo bem demonstra (i) as imbricações entre Direito e Economia enfrentadas pelo Poder Judiciário e (ii) a necessidade de um construto teórico norteador sobre a “resposta correta” em Direito e Economia, especialmente considerando que duas cortes tiveram posicionamentos contraditórios sobre um mesmo tema, o que será melhor abordado no segundo capítulo, com o enfoque no tema de agências reguladoras.

Outro ponto de destaque, segundo o recente relatório “Supremo em Ação” (BRASIL, 2017b, p. 82), é a quantidade de disputas que refletem questões econômicas e que se encontram atualmente sobrestadas na Suprema Corte do país. O caso dos expurgos inflacionários gerados por planos econômicos das décadas de 1980 e 1990 ocupa a primeira a primeira posição no *ranking* de processos que aguardam decisão do STF. Ainda, somando-se os temas 264, 265, 284 e 285 no gráfico abaixo, tem-se um total de 656.541 processos (!) que esperam (ansiosamente) um pronunciamento judicial final e vinculante.

Figura 1 - Os 10 temas com maior quantidade de processos sobrestados



Fonte: (BRASIL, 2017b, p. 77).

Tais exemplos são questões que demonstram um cenário de crises em que se insere a jurisdição, o Direito, o Estado e a própria modernidade. Como bem destaca Garapon (1999, p. 244), o Direito acaba por se mostrar como a “nova gramática das relações globalizadas”, sendo a jurisdição chamada a dar uma resposta a, praticamente, todas as questões da vida humana, dada a diversificação e complexidade criadas pelas próprias sociedades, as quais levaram a uma dificuldade em lidar, por si mesmas, com seus conflitos. Assim, segue o autor (1999, p. 244), o Poder Judiciário se traveste de um dogma de infalibilidade, juntamente com a naturalização do juiz, ocupando uma posição ilusória e sem referências.

De todo modo, quando se depara com um grande número de processos, é natural que a indagação acerca do que fazer para baixar a pilha seja uma das, senão a primeira, que vem à mente. Nessa lógica, a eficiência como critério orientador das condutas dos magistrados e de todo o sistema de justiça é sedutora, e pode acabar sendo valorizada em detrimento de outros valores. E é justamente aí que reside o perigo, quando a economicização prepondera sobre a dignidade humana, sobre uma série de princípios democráticos arduamente conquistados, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial.

Este panorama, de um modo geral, pode ser entendido à luz dos efeitos gerados pela globalização. Conforme Chevallier (2009, p. 32-34), a globalização não se caracteriza como um fenômeno novo, uma vez que as trocas comerciais e a expansão do comércio internacional

já existem desde a Grécia Antiga. Cabe pontuar que a economia internacional sofreu uma estagnação no cenário de guerras no século XX, porém, após o segundo pós-guerra, o processo de internacionalização seguiu seu curso, com uma nova dinâmica a partir da década de 90, período em que se assiste atualmente e que se chama de “globalização”. O autor traz, ainda, três elementos que a caracterizam: (a) a emergência de um mercado unificado, (b) de empresas globalizadas e (c) de mecanismos de regulação com vistas ao fluxo econômico em nível mundial, havendo a desregulamentação, abolição de fronteiras e desintermediação.

Para Held (2007, p. 412-413), a globalização pode ser vista como um “deslocamento da forma espacial da organização humana em direção a pautas de atividade, interação e exercício do poder inter-regionais e transcontinentais”. O autor aduz que o processo não é linear, mas sim multidimensional, dado que reúne diferentes pautas de relações e atividades. Além disso, não leva a uma maior integração global, tendo em vista a possibilidade de fragmentação em função de tendências desintegradoras.

Assiste-se, assim, a uma “globalização imperfeita”, como bem preconiza Castells (2013, p. 60-61), na medida em que engloba distintas geometrias e geografias, que atuam sobre a lógica de inclusão e exclusão. Santos (2002b, p. 53-55), por sua vez, traz uma leitura bastante pertinente do fenômeno, em que pese a existência, na prática, de globalizações, no plural, e não uma única forma de globalização. Isso porque, de acordo com seu pensamento, tem-se, de um lado, a globalização vista como o “grande triunfo da racionalidade, da inovação e da liberdade”, centralizadas nas noções de um progresso supostamente infinito e de uma abundância igualmente ilimitada. De outro lado, ela é uma maldição, uma vez que congrega a marginalização, a exclusão, a miséria e uma série de problemas sociais, desmistificando os mitos do progresso e da abundância, e deixando transparecer que as benesses se restringem a um “clube de pequenos privilegiados”.

De fato, o fenômeno atrela-se, sobremaneira, à questão econômica, chamada por Beck (2005, p. 19) de “globalismo”, e fortemente relacionada ao crescimento neoliberal. Habermas (2001, p. 86) também pontua essa relação, sinalizando a primazia do dinheiro pelo poder, haja vista que o neoliberalismo mostra-se indiferente à questão social. Uma ótima metáfora, trazida pelo autor, vê a globalização como “a imagem de rios transbordando que minam os controles de fronteira e que podem levar à destruição do ‘edifício’ nacional”.

Em um sentido semelhante, Bonavides (2001, p. 69, 92 e 101) critica a constituição dessa nova semântica, em que a sociedade é o mercado, e o cidadão é o consumidor. Na esteira da globalização econômica, tem-se um processo de recolonização: ao passo que esse (novo) fenômeno é “sentido”, a constituição é “ignorada”. O autor, ainda, pontua a existência de uma

“dupla ditadura”, uma de ordem interna (com o tropeço a direitos fundamentais) e outra externa [em que há uma verdadeira “asfixia financeira”, com a presença de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Consenso de Washington ditando dogmas neoliberais].

Conforme Hoffman, Morais e Saldanha (2013), o neoliberalismo traz a noção de “mercados de direitos” e “direitos de mercado”, denotando a necessidade de ressignificação do papel democrático, de modo que não se atenha a interesses puramente econômicos. Os autores propõem, nesse passo, a construção de um ambiente jurisdicional comum e também plural, levando em conta um diálogo não só interestatal, mas também interconstitucional.

Dando continuidade, percebe-se que os arranjos supra referidos acabam resguardando, portanto, uma bipolaridade, de modo que há uma divisão entre que está dentro (*in*) e fora (*out*), com a valorização de determinadas culturas, como o *american way of life*, não raras vezes passadas como verdades e padrões a serem seguidos a todo o custo, enquanto que as demais caem no esquecimento, sendo, assim, desprestigiadas e, não raras vezes, apropriadas por aqueles que detêm o poder.

Santos (2002b, p. 65-70) bem coloca essa dicotomia entre vencedores e perdedores, destacando que é possível afirmar a existência de quatro formas de globalização. A primeira delas é o localismo globalizado, que se dá com a universalização de uma cultura vista como triunfante sobre as demais. A segunda é o globalismo localizado, em que práticas transnacionais invadem condições locais, desarticulando-as, desintegrando-as ou tornando-as subalternas. Essas duas formas compõem a globalização econômica ou de “cima-para-baixo”, e que se constituem como a força motriz da economia liberal.

Quanto às outras duas, têm-se movimentos de resistência, centrados no cosmopolitismo, com a organização de classes, regiões e grupos vitimizados, e o patrimônio comum da humanidade, cujo norte é a desmercadorização de recursos. Juntas, elas formam a globalização contrahegemônica ou de “baixo-para-cima” (SANTOS, 2002b, p. 65-74).

Evidentemente, a economia mundial acaba sendo um fator de desarticulação de formas tradicionais de Estado e da própria organização jurídica, ao passo que passa a ser ditada por um ritmo frenético que escapa do controle meramente interno das ordens jurídicas, até porque nem sempre há instrumentos hábeis à realização de seu controle. Castells (2003, p. 68 e 94) destaca o surgimento de uma “nova economia” desde a década de 90, fundamentada na cultura da inovação, do risco, das expectativas e da esperança no futuro, em meio à fragilidade do processo de criação de riqueza. Além disso, ela se pauta pela “empresa-rede” e pela integração dos

mercados financeiros em tempo real que conduz ao desenvolvimento gradual de um mercado financeiro global⁸.

Nesse contexto, a globalização da produção e das transações financeiras, a ascensão do comércio (especulativo e de flutuações), as fronteiras minadas pelo mercado (que já não pode mais ser separado) são todos dilemas externos que, na esteira do pensamento de Held (2007), interferem na autonomia e na soberania de um Estado, o que também é assinalado por Chevallier (2009, p. 279-280), tendo em vista, ainda, o fim do mito da “globalização feliz”. É dizer, há riscos (muitos dos quais sistêmicos, como a criminalidade transnacional), crises, conflitos e tensões.

Ferrajoli (2014, p. 15) bem refere a presença de “poderes selvagens” nessa teia de relações, os quais são “fruto da ausência de controles e limites, [e] acabam se concentrando e acumulando de forma absoluta”. É como um Estado de natureza, segue o autor (2014, p. 31), haja vista a supremacia dos poderes dos mais fortes.

Essas considerações são muito importantes para que não se tenha uma visão reducionista, acrítica ou ingênua acerca da imbricação entre Direito e Economia. O Poder Judiciário, logicamente, precisa enfrentar diversos dilemas atinentes à sociedade global, e precisa adequar-se a essa nova dinâmica, sob pena de se ver desatualizado, aplicando métodos oitocentistas (o que acontece muito...) e de cunho individualizante para mazelas sociais de interesses coletivos ou difusos.

O tempo atual, de fato, é uma época de transição e de ruptura, assinala Kaufmann (2002). É a “era dos fatos” e do “presente eterno”, como salienta Novaes (2013, p. 17 e 25), havendo uma dificuldade imensa de se voltar ao passado e de se projetar o futuro. Na realidade, o presente acaba cedendo espaço para o imediatismo, pelo provisório, num total desprezo e esquecimento pelo que aconteceu (passado) e uma antecipação sistemática do que acontecerá (o futuro está “predeterminado”...).

A indagação de Gianetti (2012) é pertinente: “qual o valor do amanhã?”. Como se vive um esgotamento da modernidade, o que esperar? Quais os desafios? O autor (2012, p. 105 e 107) elenca, em sua obra, duas ameaças que são excessos na mirada moderna sobre o futuro. A

⁸ A “empresa-rede” caracteriza-se pelo fato de que a rede que é a empresa, uma vez que a prática empresarial se dá por redes *ad hoc*. Uma característica que a qualifica é o *feedback* em tempo real dos entre compradores e produção. Quanto à integração dos mercados financeiros em tempo real, catalisados também pela atuação de “empresas-rede”, muitas das quais transnacionais, há que se pontuar (1) que o processo de globalização e interdependência entre mercados financeiros torna cada vez mais difícil a regulação por organismos (inter)nacionais e (2) que a transação eletrônica tem sido uma nova prática caracterizadora do novo modelo, com a desmaterialização e desterritorialização das negociações (CASTELLS, 2003, p. 58-59, 61 e 70-71).

primeira delas é a “miopia” que, como a própria palavra denota, traz em seu bojo a ideia de que se estima muito aquilo que está perto e se deixa o longe embaçado. Quer dizer, subestima-se o futuro, atribuindo valor demasiado ao que está próximo no tempo, o que gera (muita!) impaciência, um desconto hiperbólico em certas coisas e a necessidade de gratificação imediata e desfrute.

Em contraposição, tem-se a “hipermetropia”, que não consegue visualizar aquilo que está perto, e foca todas as suas energias no horizonte: subestima-se o presente, atribuindo-se um valor excessivo ao amanhã. As demandas e interesses correntes são sacrificadas muito além do que deveria, gerando avareza, escapismo, fragilidade e um zelo excessivo pelo autocontrole, o que abre portas para um grave descontrole futuro (GIANETTI, 2012, p. 110).

É nesse contexto que Gianetti (2012, p. 161) bem coloca sua concepção de “razão curta”, formada por “um estreitamento do horizonte de futuro e a exacerbação da preferência pelo aqui-e-agora em sério prejuízo dos interesses vindouros”. A escolha não é autônoma (a vitória da “arte de viver” em detrimento da “arte de acumular”), mas fruto de distorções que manipulam a margem de escolha dos indivíduos.

Santos (2002a) também traz uma crítica à razão ocidental dominante, chamando-a de “indolente”, sendo caracterizada ora pela arrogância, ora pela impotência, mas também em concepções semelhantes às aquelas trazidas por Gianetti (2012). Buscando-se uma aproximação com a “miopia”, tem-se a “razão proléptica”, resguardadas as devidas proporções, isso porque ela concebe o futuro de uma forma linear, segundo Santos (2002a), apenas se preocupando com questões cotidianas e acreditando que o amanhã está em uma linha reta. Quanto à “hipermetropia”, pode-se dizer que a razão “metonímica” resguarda certa semelhança, uma vez que se crê como única e verdadeira, subestimando o presente e depositando suas expectativas em si mesma, como precursora do futuro.

A par dessas ideias, pode-se identificar, didaticamente, uma multiplicidade de crises que permeiam o cenário atual, relacionam-se reciprocamente e não podem ser vistas de maneira isolada. Dentre elas, salienta-se as da modernidade, do Estado, do Direito e da jurisdição, as quais serão discutidas a seguir.

1.2 O CENÁRIO DE CRISES: DA MODERNIDADE, DO ESTADO, DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO

A(s) crise(s) da modernidade não deixam de abarcar a relação do homem com a técnica, em que se insere o investimento maciço em áreas como a economia, em função do retorno financeiro que ela propicia. Nesse enredo, Morin (2007, p. 69-70) pondera que a tecnociência, enquanto junção da ciência à técnica, traduz-se em uma manipulação técnica em prol da ciência, em que o conhecimento pelo conhecimento transforma a *big science* hipertecnificada em um tirano. A técnica a serviço da economia, desde desenvolvimento de comunicações, transportes, indústrias, traz uma nova ordem, portanto: o “príncipe deve obedecer”, salienta Morin (2007, p. 25), à lógica de utilidade e eficácia, e não mais à moral. Consequentemente, a economia sobrevaloriza o lucro, e instrumentaliza e explora os seres humanos, havendo a cisão entre conhecimento e ética, cegueira da manipulação e do progresso científico.

A solução parece simples. De um lado, a ética e todos os seus problemas que deixam o ser humano pensativo e sem uma resposta definitiva. De outro, a ciência, o poder, o reino do capital, a circulação monetária que promove o desenvolvimento. Mas essa suposta libertação do homem, concorda-se com Streck (2013, p. 62), aliena e coisifica o homem, tornando-o vítima de uma racionalidade a cada dia mais instrumental, de “laços de aço” (MORAIS, 1999). O resultado é uma vida “marcada pela repetição, pelo automatismo; enfim, uma vida inautêntica, afastada do sentido de sua existência, afastada do Ser” (STRECK, 2013, p. 62).

Portanto, um perigo à vista: a tecnociência que domina o homem e o faz refém de uma objetificação. Novaes (2013, p. 34 e 35) emite um alerta sobre do domínio do “trem da tecnociência” sobre o “trem do pensamento”, aduzindo que, “Se o tempo é uma ficção, a ausência de pensamento sobre ele – passado, presente e futuro – é o grande problema de nosso tempo”.

Mas, qual seria a solução para um contexto (caótico) de crises (caóticas)? Infelizmente não há uma receita pronta, uma fórmula mágica que diga “como fazer”. Aliás, as filosofias da ciência, segundo Chatêlet e Pisier-Kouchner (1981, p. 57-58), enganaram-se justamente nesse ponto, ao se acreditarem onipotentes. O homem não é proprietário onipotente e feliz do local onde reside! Além disso, não há razão para que o “real” seja simples, uma vez que os processos de inteligibilização são muitos. Essa questão será melhor abordada no segundo capítulo desta primeira parte, ao confrontar as teses economicistas com a funcionalização do jurídico em função de sua pretensão de absolutização.

O “mero saber de domínio e de utilidade” fracassou. Não é porque se está na era cibernética, que os homens deixarão de se perquirir acerca de problemas fundamentais, pois isso não pode ser substituído por uma máquina: “[...] A pós-modernidade também encerra uma advertência no sentido de não levarmos tão longe a racionalidade técnica – e a jurisdicionalização do nosso mundo é parte dela – que nos esqueçamos do homem e dos seus anseios fundamentais.” (KAUFMANN, 1988, p. 43 e 46). Além disso, a concepção de mundo (segura e firme) até então fundamentada em Descartes, Kant e Augusto Comte ruuiu, especialmente com a teoria da relatividade de Albert Einstein, que provou a impossibilidade de se querer abstrair a todo custo o “real” (CHATÊLET e PSIER-KOUCHNER, 1981, p. 53).

Assim sendo, a crise da modernidade é também uma crise ética, que reclama, parafraseando Morin (2007, p. 29), a religação do indivíduo com sua espécie e a sociedade e de cada uma dessas instâncias diante do “vazio ético” em que se vive atualmente. Preconiza o autor que a crise de fundamentos éticos leva (a) a um agravamento da deterioração do tecido social, (b) ao esfacelamento do espírito comunitário, (c) à fragmentação da responsabilidade e burocratização das instituições, (d) à formação de uma realidade anônima e exterior ao indivíduo, (e) à sobre-elevação do egoísmo em detrimento do altruísmo, (f) à quebra do vínculo entre indivíduo, espécie e sociedade e (g) à des-moralização, com conseqüente superestima do dinheiro, anonimato da sociedade e apelo midiático maciço (MORIN, 2007, p. 28). Mas não se trata de um momento ruim simplesmente, uma vez que funciona como uma parada⁹ para reavaliar o que precisa ser mudado, traçar (novas) estratégias (executáveis) e implementá-las.

Uma solução possível, pode-se destacar, é proposta por Freitas (2012), no sentido de se fomentar um paradigma da sustentabilidade, amparado, sobretudo, em um processo contínuo, integrativo, aberto e de valorização do direito fundamental ao futuro. Trata-se, segundo o autor (2012, p. 15), de um “dever ético e jurídico-político de viabilizar o bem-estar no presente e futuro, próprio e de terceiro”.

De acordo com seu pensamento (FREITAS, 2012), a sustentabilidade comporta cinco dimensões, quais sejam, a social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política. Em relação à primeira, baseia-se na equidade e no florescimento das potencialidades do ser humano. A segunda, que vem bastante ao encontro da ideia do homem-pessoa, aqui trabalhada, reflete a

⁹ Para Morin (2000, p. 85), uma crise abrange processos de desorganização que podem (ou não) levar a degenerescência à regeneração da ética: “As crises favorecem as interrogações, estimulam as tomadas de consciência, as buscas de novas soluções e, nesse sentido, ajudam as forças generativas (criadoras) e regeneradoras adormecidas tanto no ser individual quanto no social. Mas, ao meso tempo, as crises favorecem as soluções neuróticas ou patológicas, ou seja, a designação, a perseguição, até mesmo a imolação de um bode expiatório [...], a busca de soluções imaginárias ou quiméricas. [...]”.

necessidade de ligação entre os seres. A dimensão ambiental, por sua vez, preconiza a aplicação constitucional de forma útil, com vistas a salvar o meio ambiente e garantir a vida de amanhã. A dimensão econômica prestigia a noção de economicidade, partindo da imperatividade de ações que evitem o desperdício, com a adequação entre eficiência e equidade. Por último, a dimensão jurídico-política perfaz-se em um princípio norteador que prestigia ações de corporação, e preconiza a responsabilidade intergeracional, tendo em mente uma racionalidade dialógica e desenvolvimento durável.

Dando continuidade, também se assiste a uma crise da democracia¹⁰. Conforme Ferrajoli (2014), tem-se uma “dupla crise”, tanto de “alto” como de “baixo”, cada uma delas catalisadas por quatro fatores. A teoria parte do panorama italiano, mas pode ser perfeitamente entendida na sociedade brasileira, haja vista a similitude, em muitos aspectos, inclusive de problemas estruturais e conjunturais (como a corrupção...), entre ambos os países.

A crise de alto, assim, perfaz-se em função da (1) verticalização e personalização da representação, com aumento do poder dos chefes do executivo e diminuição dos poderes dos parlamentos, (2) com processos de progressiva concentração de poderes, (3) com integração dos partidos no Estado e desaparecimento da separação partidos-instituições e (4) com a total ausência de garantias relativas à informação. Sobre a crise de baixo, que é da sociedade, dos representados, têm-se (1) um processo duplo de homologação dos condescendentes e aviltamento dos dissidentes do governo, (2) despolitização da massa e apatia política, (3) falência da participação dos cidadãos na vida pública e (4) manipulação das informações midiáticas (FERRAJOLI, 2014).

Nesse cenário, percebe-se que os fatores convergem para uma apropriação do público pelo privado, seja pela confusão entre as duas esferas, seja pela apropriação, sobretudo por agentes econômicos, de esferas como a própria mídia. Se um grupo econômico poderoso (ou uma parcela de grupos) detém o controle sobre Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), naturalmente moldará a democracia a seu bel prazer, eliminando todo aquele que for considerado impertinente ou contrário aos interesses do “sistema”.

Ocorre que, atualmente, ao mesmo tempo em que se propala uma vida democrática, com a valorização de Direitos e garantias fundamentais, percebe-se uma formalização de um

¹⁰ A presente dissertação não tem o condão de enfrentar pormenorizadamente as crises da democracias, mas sim delimitar o enfoque na influência que exerce na relação entre o Direito e a economia propriamente, o que pode ser verificado na obra de Ferrajoli (2014). Além disso, é importante salientar que a palavra “democracia” possui um amplo espectro de significados, a depender do tempo, do espaço e do contexto em que é utilizada. Para uma abordagem sobre os diferentes modelos de democracia, sugere-se consultar a obra de HELD, 2007. Especialmente sobre as diferenças de concepções de democracia, recomenda-se BOBBIO, 1986; BONAVIDES, 2001; DAHL, 2005; SARTORI, 1987 e também SCHUMPETER, 1961.

discurso teórico-formal protetivo, mas com práticas discursivas neoliberais que tornam a relação entre o Direito e a economia em rede bastante nebulosa. O espelho está opaco. Ele ofusca um “borro”. Não se sabe o que é Direito, a não ser que ele esteja a serviço da ciência, leia-se, economia (que tanto advoga para si o título de ciência), situação essa que se dá em diversas situações. Vive-se um prelúdio de uma “onda reversa”¹¹, em que, após o “farto” ideário democrático, sobrevém uma época ditatorial de controle e vigilância? Ou isso já está acontecendo de forma velada em face da inércia (ou quizá impotência) do Direito e do Estado?

A crise da modernidade também resguarda relação com (a crise d’)o Estado. Cabe pontuar, de acordo com Cassese (2010, p. 13), que o fenômeno começou a ser discutido no início do século XX. Em um primeiro momento, a expressão “crise do Estado” foi utilizada em função da emergência de organismos potentes na época. Em um segundo lugar, reportou-se à instauração de poderes públicos internacionais que acabaram por manter os Estados sob seu controle. Por último, recentemente, passou a fazer remissão à inadequação dos serviços prestados pelo Estado aos cidadãos e à sociedade. Ainda, há que se notar uma crise semântica da palavra “Estado” em vista da vasta gama de entidades que abarca e de seu caráter polissêmico.

Conforme aduz Morais (2002, p. 26-27 e 33), as crises do Estado (o autor adota o plural) podem ser compreendidas em cinco níveis. Em um primeiro lugar, pode-se falar em uma crise conceitual, que remete à ideia de que o modelo tradicional de Estado povo-território-soberania não atende satisfatoriamente às novas demandas, devido à multipolarização de estruturas. Em segundo lugar, tem-se uma crise estrutural, em que se perquire sobre o fim (ou não) do Estado do bem-estar social, haja vista a necessidade de se repensar a estrutura do Estado Contemporâneo¹² em decorrência de sua questão social. Tal crise se ramifica em três outras:

¹¹ A noção de “onda reversa” é trazida por Huntington (1994, p. 24-31), que identificou, no estudo de regimes democráticos, três ondas de democratização, tendo duas delas já vivenciado suas respectivas ondas reversas. Uma onda de democratização, de acordo com o autor, é um “grupo de transições de um regime não-democrático para um regime democrático”. A primeira (1ª) ocorreu entre 1828 a 1926, cujo panorama se deu nas Revoluções Americana e Francesa, e sua onda reversa aconteceu de 1922 a 1942, em meio à emergência de ideologias comunistas, fascistas e também militaristas, formando um totalitarismo de massa. A segunda (2ª) se deu de 1943 a 1962, no contexto da Segunda Guerra Mundial (no caso do Brasil, foi em 1946), e sua reversa se ensejou de 1958 a 1975, com a ascensão de diversos regimes ditatoriais, em um movimento global (!) de distanciamento da democracia, inclusive com o Uruguai (visto como a “Suíça” da América do Sul). Por último, a terceira (3ª) onda iniciou em 1974, na Europa meridional, em Portugal, e atingiu a América Latina (o Equador foi seu precursor, ainda na década de setenta). Em tese, tal onda segue até os dias atuais. Mas não se sabe, muito bem, quando acontecerá, ou se já está sucedendo implicitamente, seu efeito reverso. Uma última observação: nem todos os países empreenderam suas transições durante esses períodos, não sendo se tratando aqui de uma classificação absoluta.

¹² Para Morais (2002, p. 34), o Estado Contemporâneo (com letra maiúscula) é aquele “cuja substância está vinculada à ideia genérica de Estado Social”, enquanto que o Estado contemporâneo (com letra minúscula) é aquele “apresentado nos dias atuais, independentemente do conteúdo assumido”.

fiscal (que se dá quando as despesas são maiores do que as receitas), ideológica (enquanto crise de legitimação) e filosófica (trazendo-se a noção de “cidadão-cliente”) (MORAIS, 2002, p. 39-46).

Por terceiro, Moraes (2002, p. 48) pontua uma crise constitucional ocorre devido a um processo de desconstitucionalização provocado pelo neoliberalismo. Neste sentido, cabe a crítica de Streck (2014b, p. 52), no sentido de que o Brasil é um país de “baixa constitucionalidade”, e que a Constituição é vilipendiada em prol de legislações infralegais. Em quarto lugar, o autor evidencia uma crise funcional, em que há a perda da centralidade e também da exclusividade do Estado, com a “multiplicidade dos *loci* de poder”. Aqui se pode salientar a existência de uma relação autofágica entre os poderes, em que um quer sobreviver às custas do outro. Por último, sobrevém uma crise política, “fantochização” da democracia representativa, em decorrência do enfraquecimento do espaço público e da economicização (estereótipo formal e apatia política) (MORAIS, 2002, p. 51-52), o que resguarda relação com os “poderes selvagens” referidos anteriormente (FERRAJOLI, 2014).

Em meio a esse cenário de crises estatais, Chatêlet e Pisier-Kouschner¹³ (1981) investigaram os modelos de Estado no século XX, constatando a presença de cinco deles que, direta ou indiretamente, reúnem elementos na atualidade. A noção de “Estado-gerente”, de matriz liberal, traz em seu bojo a ideia de gerenciamento do poder pelo exercício, e não como se fosse uma propriedade. Para tanto, vale-se do humanismo e dos Direitos do homem. Também é possível identificar-se um “Estado-partido”, que é aquele que justamente toma partido em prol de uma classe, como se vivenciou no caso de Stalin e Lenin. O “Estado-nação” é outro modelo, que serviu de base ao estatismo nacionalista na Europa, tanto o fascismo italiano como o nacionalismo alemão.

Na esteira da crítica sobre a tecnociência, abordada anteriormente, tem-se o “Estado-cientista”, que é aquele que se preocupa em ser eficiente, coloca-se como “vetor do progresso” e atribui à ciência o caráter de conhecimento experimental “técnica de apropriação realista e de transformação da natureza”. Geograficamente, ele não tem lugar, uma vez que se dilui no interior do Estado, em todos os seus poderes (com a modelação do mundo segundo sua imagem). Por último, o “Estado em questão”, voltado à discussão de regimes totalitários, traz

¹³ O livro aborda uma reflexão sobre o conjunto das concepções políticas que permearam o século XX. Tal critério foi selecionado, segundo os autores, em razão de revelar como uma concepção de mundo. Neste contexto, percebeu-se que a questão do Estado revelou-se central neste período, de modo que permite uma visão evolutiva (não em termos lineares, mas entre avanços e retrocessos) do cenário de crises desencadeado. Embora, temporalmente, seja anterior a toda a sucessão de fatos da globalização no final da década de 90, optou-se por elencar tais modelos de Estado em função da relevância que ocupam, e de modo a pontuar que não se tem uma “evolução linear” na história da Teoria do Estado.

à baila um questionamento do sentido da história (CHATÉLET e PSIER-KOUCHNER, 1981, p. 18 e ss.).

Especificamente sobre a relação entre o Estado e a economia, Cassese (2010, p. 45-46) pontua que três mudanças visualizadas nas últimas décadas, e que tem provocado uma transformação em tal estrutura (e, por conseguinte, no Direito): (i) antes o Estado era “pedagogo”¹⁴ em relação à economia, agora os papéis se inverteram, sendo, hoje (ii) o Estado seu regulador; (iii) o governo da economia é fragmentado, e não mais unitário, com o desenvolvimento de empresas multinacionais e de uma “economia-mundo” (em que a sede de uma dada empresa se localiza em um Estado, os estabelecimentos em outro, e os clientes são de um terceiro). Assim, aduz o autor (2010, p. 45-46) que “[...] se antes a economia devia levar em conta o Estado, agora é o Estado que deve levar em conta a economia. [...] Se antes guiava a economia, agora é seguidora [a política econômica] ou adaptativa dela”, de modo que seu papel se redireciona para “corrigir as tendências da economia, cujo andamento geral foge aos governos nacionais.”

Em um tom semelhante, mas com algumas peculiaridades conceituais, Chevallier (2009, p. 49) traz a noção de “Estado rivalizado”, que se encontra sob concorrência, isto é, mantém relação com as empresas em um duplo sentido: (1) ao passo que as empresas precisam de apoio, (2) os Estados atuam como seus porta-vozes e defensores de seus interesses econômicos (*Competitive States*). Aplica-se o princípio da subsidiariedade, de modo que a atuação estatal se vê complementar, “fluida” e “aproximativa” (CHEVALLIER, 2009, p. 59).

Morais (2002, p. 93) avalia que, diante do cenário de crises do Estado, tem-se a emergência de um “pluralismo jurídico desconstitucionalizante e [...] uma flexibilização generalizada do Direito”. É o Estado “forte” que se transforma em “fraco”, um Estado antes soberano e agora economicamente vassalo (BONAVIDES, 2001, p. 81). Sendo assim, a crise não deixa de ser, segundo assinala Cassese (2010, p. 14), a “[...] perda de unidade do maior poder público no contexto interno e perda da soberania em relação ao exterior. [...]”.

Esse movimento também pode ser entendido a partir de uma dúplice inter-relação, em que, paralelamente à derrocada do Estado, assiste-se a uma ascensão, cada vez maior, da jurisdição. Enquanto formas de intervenção no espaço público, o governo traz em seu bojo a noção de poder, ao passo que a jurisdição é, nada mais, que a autoridade, a palavra, a origem,

¹⁴ A expressão “Estado pedagogo” remonta ao ano de 1669, quando Colbert estabeleceu inspetores de manufaturas para possibilitar o controle da indústria têxtil, cuja atuação se deu até 1791, por motivos de liberdade econômica e tendo em vista um sistema de freios e contrapesos em prol do Estado (CASSESE, 2010, p. 47).

a fundação. Ela “autoriza” a vida democrática, inclusive, organizando laços sociais, o que ajuda a caracterizar a sua neoliberalização (GARAPON, 1999, p. 177).

Sem dúvida, é necessário um ponto de equilíbrio, segundo analisa Nabais (2002, p. 22), de modo que não haja o regresso ao estado mínimo liberal, mas sim a harmonização com os princípios da liberdade individual e a própria operacionalidade do sistema econômico. O estado fiscal, cujo suporte financeiro está calcado na arrecadação de impostos, não pode se tornar um gigante, uma vez que não é “dono absoluto” da economia e da sociedade.

Nesse novo paradigma, há inegáveis impactos que alteram o modo de ser do Estado, como a interdependência estrutural, a perda do comando do Estado e a emergência de novas variáveis, a banalização da gestão pública com a confusão entre o público e o privado, bem como a fragmentação e degeneração de aparelhos em modelos antes tidos como unitários (CHEVALLIER, 2009, p. 37).

Cassese (2010, p. 90 e 145) diria que esse modelo em curso, aqui investigado em múltiplas facetas e complexo por natureza, pode ser chamado de “arena pública”, espaço em que se desenvolve a atividade pública e as trocas entre o Estado e a sociedade, sem que haja uma oposição, mas uma “intercambialidade”. Estado e mercado são entidades que se interpenetram, portanto. Porém, nunca é demais lembrar que o Estado não pode ser reduzido a uma empresa, pois esta não é sua função. Entretanto, a incorporação de critérios econômicos pelo ente público pode levar a uma “mercantilização das instituições”.

Dando continuidade à discussão, é mister pontuar que a crise da modernidade resguarda ínsita relação com o Direito e com a jurisdição, relação esta que, conforme Chevallier (2009, p. 116), é ambivalente: ao mesmo tempo em que é influenciado por uma série de valores e representações modernas, é responsável pela racionalização política e social. De toda sorte, os alicerces do Direito moderno se assentavam (i) no império da razão, em que ele era visto como “capital de autoridade” enquanto razão transcendente diante da laicização e (ii) no reino do indivíduo, com a sua subjetivização. Mas eles vieram abaixo, em função de uma crise da racionalidade jurídica (o Direito não é mais sistemático, geral, estável nem transcendente) e do refluxo do subjetivismo, com a arquitetura de uma lógica diferente, um mundo de “incertezas” e “in-determinação” (CHEVALLIER, 2009, p. 118, 121-122 e 124).

A crise da jurisdição, nesse contexto, denota uma busca mais forte pela justiça, levando o juiz a ocupar, segundo Garapon (1999, p. 27), uma “função clerical de autoridade” enquanto guardião das promessas, um verdadeiro “[...] recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. [...]”. Nesse cenário de incertezas, voltar-se ao Judiciário tornou-se

quase que uma fonte de busca da sociedade por si mesma, tudo em nome do direito (GARAPON, 1999, p. 52).

Conforme Streck (2014a, p. 46 e 100), a crise do Direito é uma crise de paradigmas, ramificada em uma crise de modelo e outra epistemológica. Em relação à primeira, trata do modo de produção de Direito, no sentido de que a dogmática se encontra alicerçada em conflitos interindividuais, de tradição liberal-individualista-normativista. Por sua vez, a segunda diz respeito ao problema da filosofia da consciência, em que juízes decidem de acordo com o que acham melhor, mesmo que isso desrespeite a Constituição e toda uma tradição jurídica autenticamente construída¹⁵.

Não bastasse decidir segundo o seu próprio pensamento, há, ainda, a tendência à simplificação, tornando o Direito uma colcha de retalhos, um “copia e cola” de textos e de jurisprudências “deglutidos em grandes pedaços”, sem que haja tempo de digerir, com profundidade, e assim emitir uma decisão fundamentada.

Um fetiche pelas normas jurídicas, um *mainstream* jurídico. Warat (1995, p. 60 e 91) bem refletiu sobre isso, salientando que a verdade jurídica se apresenta como uma “fase mítica dos segredos e das ausências de sentido”, de modo que o discurso é também um mito, reproduzido por operadores intocáveis, e tendo a lei como objeto de desejo. Enfim, tudo gira em torno da (encarnação da) razão, baseando-se na ordem legal como obrigatoriedade.

Nesse sistema teatral de interpretações, poeticamente salienta Warat (1995, p. 80 e 99), a lei é uma “montagem de ficções”, e a atividade de julgar uma “arte política”, em que o intérprete é o único detentor do conhecimento. Só que isso esconde uma dupla racionalidade cotidiana, uma *doxa* no coração da *episteme*: o senso (ou sentido) comum teórico dos juristas¹⁶, que é uma prática cotidiana que desvencilha o Direito posto do Direito ensinado nas faculdades de Direito, como se fosse possível tal cisão.

De acordo com Baptista da Silva (2004, p.1 e 3), essa postura resguarda relação com a contaminação do paradigma racionalista¹⁷ no Direito, preocupado em moldá-lo tal e qual uma

¹⁵ A tradição autêntica constrói-se pela historicidade e problematidade do Direito. Para uma análise mais acurada, sugere-se GADAMER, 2006.

¹⁶ Sobre o senso comum teórico, sugere-se consultar WARAT, 1982. O autor caracteriza-o, em síntese, como “um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma *doxa* no interior da *episteme*” (WARAT, 1982, p. 52). Metaforicamente, ainda, é como “a voz ‘off’ do Direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam” (WARAT, 1982, p. 54).

¹⁷ Apesar de a presente dissertação não ter por escopo investigar de modo aprofundado o racionalismo, é mister pontuar sua influência na edificação do paradigma liberal-individualista que, tendo contaminado o Direito na modernidade, ainda hoje deixa profundas marcas na praxe jurídica brasileira, uma vez que não foi devidamente

“ciência”, valendo-se de princípios utilizados pela matemática. Assim, dividem-se os sábios e filósofos, aqueles que lecionam nas universidades e os que são detentores do saber prático.

Concorda-se com Baptista da Silva (2004, p. 2; 2009, p. 8 e 9), em sua crítica acerca da separação entre dois mundos, o do ser e o do dever ser, cindindo-se Direito e fato, e que permanece em vigor inutilmente replicando-se e tentando chegar à melhor solução possível. A norma é um axioma, e não um problema, segundo a visão racionalista, o que ajuda a tornar nebulosa a problemática do Direito. Nesse processo, chamado de “fungibilização do fático”, tem-se por escopo a subsunção do fato à norma coadunando-se com a lógica normativista. Porém, o “real”, que tanto se propala, nunca será alcançado desse modo, pois ele existe no “fato” hermeneuticamente interpretado, sendo necessário um ato autônomo de individualização.

O mundo jurídico é, assim, ficcionalizado, aprisionando-se, moldando-se e explicando-se a realidade, incrivelmente, por verbetes e situações que se têm a pretensão de universalização. E a Constituição torna-se “latifúndio improdutivo”, em função da falta de uma adequada pré-compreensão acerca de seu papel desempenhado no Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014a, p. 101 e 2014b, p. 42).

A verdade é buscada a todo e qualquer custo. Ela se torna uma obsessão, como se fosse plenamente alcançada, esquecendo-se de que é uma abstração criada pelo próprio homem, ligada à época do Iluminismo. Segundo Baptista da Silva (2006), a palavra é verossimilhança que, diferentemente da verdade, não se preocupa com a construção de um sistema teoricamente perfeito, mas parte do contexto fático aportado pelas partes no processo. Callejón (2016, p. 334) recorda aqui um provérbio árabe: “a verdade é esse espelho grande que caiu no solo e se rompeu em múltiplos fragmentos. Cada um desses fragmentos nos devolve uma verdade distinta.”

Assim, é possível que os fragmentos todos nunca sejam encontrados, o que torna débil a dimensão objetiva da verdade. Essa discussão será melhor abordada, especificamente no

superado. Trata-se, pois, de um movimento filosófico que data do século XVII, sendo fruto da modernidade, e tendo como seus precursores René Descartes, que escreveu “O discurso do método” (2007), partindo da ideia de que a mente humana pudesse ser uma *tabula rasa*, desvinculada de preconceitos, para que, assim, pudesse ser possível chegar à verdade do conhecimento. Porém, pode-se dizer que seu substrato pode ser encontrado ainda na Grécia Antiga, diante de uma dicotomia entre o atomismo (simbolizado pelos sofistas), de um lado, e o holismo (de tradição socrático-platônica-aristotélica, ainda que Aristóteles seja um eclético ao mesmo tempo reúna elementos liberais), de outro. Com os sofistas, encontram-se as primeiras bases do antropocentrismo, com a colocação do indivíduo como o centro em prejuízo da coletividade. Mais adiante, no período compreendido como escolástica, na Idade Média, igualmente percebe-se a sobrevalorização do indivíduo, com dois expoentes, Duns Escoto e Guilherme de Ockham. Sobre este último, especificamente, ajudou a consolidar os pilares do positivismo jurídico (tendo por premissa a tese de que as leis devem ser objeto de criação humana, e não fruto da natureza) e do Direito subjetivo. Ver mais em STRECK, 2014a e 2015.

segundo capítulo, quando se questionará sobre a resposta correta em Direito e Economia, e de que forma é possível sua construção, hermeneuticamente falando.

Trazendo-se essas questões para uma jurisdição cada vez mais instada a dar respostas, em uma complexa sociedade que se ramifica em inúmeras redes e está em rápida transformação, tem-se paradoxalmente, um sistema jurídico arcaico, que não atende satisfatoriamente às demandas que se lhe são apresentadas.

Diante disso, surge a premência de que o Direito seja “eficiente”, seguindo a lógica de um modelo gerencial, e não mais burocrático, como se nota da incorporação de tal palavra como princípio da Administração Pública brasileira (BRASIL, 1988). O conceito, umbilicamente atrelado à economia, acaba sendo um ponto de tensão entre juristas e economistas.

Tendo em vista que o Direito é marcadamente principiológico e se preocupa com a solução mais justa, a economia é matemática, e se volta para a decisão mais favorável sob o ponto de vista econômico. O legal pode ser injusto, e o justo pode ser ilegal. E se o eficiente contraria toda a tradição jurídica assentada? E se o justo é aquele que vai contra os interesses econômicos? No plano decisional, até que ponto a consequência deve ser sopesada? Tais dilemas, sem dúvida, desafiam quem se depara com questões que envolvem Direito e Economia.

No Estado Democrático de Direito, a economia é um valor, como também defende Gianetti (2012). E não o valor. Isso significa, antecipando-se a discussão que sobrevém no próximo subcapítulo, que a eficiência não pode ser recepcionada tão abertamente a ponto de funcionar como a maximizadora racional da riqueza em uma ordem jurídica fundada na dignidade humana.

Dizer o Direito. Realizar o Direito. Concretizar a constituição. Uma tarefa nada simples quando o jurista está diante de *trade-offs*. Mas a razão de ser desse Direito não é outra senão possibilitar sua concreta aplicação num caso concreto? Castanheira Neves (1995, p. 249), em suas reflexões, aduz que a realização do Direito significa “dar solução em sentido normativamente fundado e decidir em termos juridicamente justificados [as] questões ou [os] casos jurídicos”.

Logo, o sentido do Direito, concorda-se com Castanheira Neves (1995, p. 174-175), não está na racionalidade abstrata das normas, mas nos princípios, em função da abertura e da natureza *constituenda*, encontrados no contexto histórico-cultural e comunitário. O Direito é um *constitutum constituendo*, sempre em vias de formação, fruto do dinamismo histórico e compreendido à luz da historicidade e da tradição autêntica.

O seu sentido autônomo, portanto, está na própria experiência jurídica, considerando o homem não como uma programação social, mas como uma pessoa, na decisão de casos ou de controvérsias que venham a possibilitar tal interação na *práxis*. Trata-se de uma autonomia axiológico-normativa, que se realiza no caso concreto, e não uma normativística, que se daria supostamente *a priori* (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 58 e 61)¹⁸. Coadunando-se com essas ideias, Espíndola (2016, p. 374) busca no jurisprudencialismo e também no garantismo processual uma possibilidade de diálogo para a superação da crise, de forma que a jurisdição deve se centrar no juízo enquanto “sentido prático de julgar”, e não em uma mera subsunção de normas a fatos.

Considerar o homem-pessoa, o que também está presente no pensamento de Kaufmann (1998, 2000 e 2002), é voltar-se à sua essência, é ter em mente que o espelho do Direito deve refletir dignidade, eficiência, justiça, mas sem perder de vista a sua real personalidade, que é o ser humano. Um congestionamento judicial agigantado, como o que se encontra a justiça brasileira, é sim um fenômeno complexo, em uma época de “vocaçãõ” do Poder Judiciário, parafraseando Picardi (2008). Porém, as propostas de solucioná-lo, tanto em nível macro como em nível micro, não podem ficar à mercê de um discurso economicista, de forma que a quantidade se suplanta à qualidade.

A sociedade de redes, apresentada como caótica, pode sim ter (um mínimo? de) ordem. Dizer que o caos governa as redes pode dar margem para o controle panoptizado por parte de grandes empresas (CASTELLS, 2003), da mesma forma que pensar que a mão “visível” seria a gestora da sociedade, do Direito, do estado. Pode-se dizer que há, nesse contexto, duas possibilidades: (1) a primeira busca preservar a autonomia do Direito, conjugando-o com a Economia, enquanto que (2) a segunda aposta suas fichas na Economia, tirando a autonomia do foco. Nesta última, importa ser útil, técnico, de modo a atender um finalismo prognosticamente determinado, o que revela um risco de economicismo, e de funcionalismo.

¹⁸ Castanheira Neves (1995) compreende o Direito como um *continuum constituendo*, caracterizado pro seu histórico dinamismo e pelas respostas a problemas normativos. Sua fenomenologia parte da noção de ordem, mas não como algo perene e imutável. Pelo contrário. O Direito precisa mudar, pois, de tempos em tempos, necessita de renovação. Nesse sentido, retroalimenta-se pela noção de estabilidade e de segurança, mas entendidas de um modo bastante diferente do senso comum teórico dos juristas. A estabilidade é uma “dimensão estrutural de institucionalização”, é sua entropia, aquilo que o mantém equilibrado institucionalmente, ao passo que a continuidade é sua dimensão intencional sobre a mudança. Tal compreensão traz em seu bojo quatro pressupostos: 1) a dimensão axiológica como fundamentos, e os valores das realizações de sentido, 2) a dimensão dogmática referente ao caráter autoritário-decisório do Direito, à sua dimensão judicativa, 3) a dimensão problemático-dialética do jurídico, em que pese não se tratar de um sistema holístico ou auto-suficiente (o Direito ocupa o papel de “função-resposta”), e 4) a dimensão praxística, em que pese se realizar no concreto. Para uma visão mais aprofundada, sugere-se consultar a obra de Castanheira Neves (1995, p. 109 e ss; 2002).

Entre tais potencialidades e fragilidades, está-se diante de um dilema que acompanhará toda a presente discussão e que, mais à frente, será objeto de análise no plano das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF). De fato, a economia é *um* valor, como bem pontua Gianetti (2012), mas não *o* valor. Assim, importa (des)mistificar a relação entre o Direito e a Economia, situando a Análise Econômica do Direito, bem como suas ramificações, e o Direito Econômico, em meio à tentativa de conciliação entre a justiça e a eficiência. É o que se discute a seguir.

2 DIREITO E ECONOMIA NO *BLACK MIRROR*: O RISCO DE FUNCIONALIZAÇÃO DO JURÍDICO PELO ECONÔMICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A partir da delimitação espaço-temporal e contextual trazida no primeiro capítulo, percebe-se que o cenário atual se reveste de uma série de crises multifacetadas, que remetem para um modo de ser-no-mundo esgotado, diante da instrumentalização do mundo da vida que se deu na modernidade, em meio a tentativas de construção de arquétipos teóricos ideais que fracassaram.

Atualmente, considerando o modelo de redes, abrem-se portas para novos horizontes. A mudança pode ser, porém, negativa, como denotam alguns efeitos nefastos da globalização, sobretudo em sua vertente econômica, e que interferem, por conseguinte, no Direito. Um *Black Mirror* é um possível palco da cena: uma sociedade tecnologicamente perfeita, mas socialmente devastadora.

Tendo em vista tais premissas, passa-se à discussão, propriamente, da relação envolvendo o Direito e a Economia. Nesse contexto, é possível depreender um duplo movimento que envolve essas duas áreas, permitindo uma série de intercâmbios recíprocos no campo juseconômico.

Quando a Economia caminha em direção ao Direito, buscando elementos jurídicos a partir de uma lente econômica, está-se diante de um ramo relativamente recente, chamado de Direito Econômico (2.1). Por outro lado, o Direito também se direciona à Economia, buscando apropriar-se de conceitos econômicos para fazer uma leitura interdisciplinar da norma jurídica, especialmente atrelando noções de causa e consequência bem como de eficiência, o que se amolda à Análise Econômica do Direito (2.2).

Tendo em vista que o propósito deste trabalho se centra de modo especial nesta última, é imprescindível desmistificar extremos, e evitar a apropriação do jurídico pelo econômico a ponto de sufocar direitos e garantias fundamentais em prol de práticas efficientistas por si mesmas. Assim, aborda-se o problema da autonomia do Direito em meio à perspectiva de sua funcionalização (2.3). Partindo dessas premissas e do recorte teórico-metodológico balizador da investigação, realiza-se, na segunda parte, um estudo prático acerca de decisões judiciais envolvendo Direito e Economia em matéria de agências reguladoras no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e de que forma os julgadores têm se valido, em suas fundamentações, de argumentos que levam a decisões que se aproximam ou não da Análise Econômica do Direito.

É nesse contexto que se enseja a discussão no presente capítulo, em que se faz imperativo descortinar os riscos iminentes à relação entre o Direito e a Economia, em especial no que pertine à sua funcionalização e na utilização desmedida da palavra eficiência para justificar uma série de atos contrários ao Estado de Direito, mas que são respaldados por uma legalidade, no mínimo, questionável.

2.1 DA ECONOMIA AO DIREITO: O DIREITO ECONÔMICO

Neste trabalho, cabe mencionar que o fio condutor de todo o raciocínio que segue é a importância de corresponder o Direito Econômico à autonomia do Direito. Não uma autonomia enquanto ramificação do direito (penal, civil, constitucional), mas uma relação constituenda do Direito enquanto modo-de-ser no mundo, historicidade e tradição. O Direito não é instrumento de (alguma coisa), mas é bastante em si.

Um outro ponto que deve ser destacado é a noção de que o jurídico influencia o econômico e vice-versa, de modo que, muito antes de uma postura positiva do legislador, já há práticas costumeiras que vigoram e, posteriormente, podem vir a ser rechaçadas ou acolhidas pela ordem jurídica. Tendo em vista o descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo das normas, provocado pelo modelo individualista-racionalista, muitas das balizas acabam sendo direcionadas pelo Poder Judiciário, como se verá melhor na parte II.

Grau (2005) traz uma metáfora interessante para esclarecer esse fenômeno. Trata-se do “Direito posto” e do “Direito pressuposto”, de modo a avaliar que o Direito é, sim, produzido pela estrutura econômica, mas, ao mesmo tempo, nela produz modificações, em um condicionamento recíproco. O “Direito pressuposto” é um elemento cultural que surge na e da sociedade, à margem da vontade individual por si só. Mas, com a postura do legislador em positivá-lo, corporifica-se um “Direito posto”, que não pode ser criado ao bel prazer, contudo não deixa de modificar o que se consubstanciava como, até então, pressuposto.

Tendo em vista essas considerações, é de se pontuar que o Direito Econômico surgiu há aproximadamente cem anos, com a 1ª Guerra Mundial, de forma um tanto vaga. Foi criado, por Hedemann, o Instituto de Direito Econômico, na Alemanha, logo após o conflito, tendo sido atrelado a um direito transitório para atender a interesses bélicos. Porém, expandiu-se e logo se difundiu para várias partes do globo. No Brasil, seus principais pensadores são Fábio Konder Comparato (1978), Washington Peluso Albino de Sousa (1975), Gilberto Bercovici (2009) e Eros Grau (2010). Registra-se que, em consulta ao Portal de Periódicos da Capes (2018), somam-se 3.893 trabalhos envolvendo Direito Econômico, dentre artigos

científicos, livros e teses, enquanto que, especificamente em termos de “Direito Econômico Administrativo” e “Agências reguladoras”, são 52 resultados.

A doutrina identifica que, em um primeiro momento, aduzia-se que o Direito Econômico se caracterizava como um “Direito de síntese”, que não se inseria nem no ramo privado nem no ramo público. Porém, com o tempo, como bem pontua Grau (2010, p. 152), passou-se a tratá-lo como um sincretismo metodológico, tendo em vista um modelo de interpretação teleológica.

Comparato (1978, p. 458) reflete, por sua vez, que o fato de o Direito ter se deixado se atravessar pela Economia (juntamente à constatação de que esta última foi se tornando jurídica) traz em seu bojo a noção de que “[...] o direito contemporâneo, longe de eliminar as disposições normativas de conteúdo econômico originadas das necessidades de guerra, tende ao contrário a transformá-las e a sistematizá-las, em função de novos objetivos. [...]”. Conforme o autor (1978, p. 462 e 465), o Direito econômico passa a ser visto como ordenação constitucional da economia, em que princípios básicos se tornam norteadores de instituições econômicas. Trata-se de um conjunto de técnicas jurídicas utilizadas pelo Estado para disciplinar a sua ação sobre as estruturas que pertencem ao sistema econômico.

Para Sousa (1975, p. 26), o Direito Econômico pode ser visualizado como um conjunto de normas caracterizadas por um conteúdo econômico, e que se vale do princípio da economicidade para fins de “assegura[r] a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta[r] a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica.” Suas características, de acordo com o autor (1975, p. 30), residem em um caráter plástico (em termos estruturantes), na exigência de conhecimentos específicos da Economia (fenômeno da desjuridicização do direito, em termos de interpretação) e na limitação do lícito, com aplicação de delitos e sanções (em termos de interpretação e aplicação).

Agregando ao debate, Bercovici (2009, p. 519) pontua que, atualmente, é mister a preponderância das instituições democráticas em relação ao mercado, bem como a independência de índole política, por parte do Estado, sobre o poder econômico privado, o que torna o Direito Econômico bastante indispensável. Até porque, de acordo com o autor, superou-se a sua percepção inicial como um *droit des affaires*, como se fosse uma extensão do direito comercial clássico.

Na Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Direito Econômico encontra-se positivado no art. 24, I, como sendo matéria de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Embora se tenha uma carta constitucional capitalista, muitos

freios são necessários a fins de consolidar a ordem econômica vigente de acordo com princípios que, ao mesmo tempo que valorizam a livre iniciativa, também protejam direitos fundamentais.

2.2 DO DIREITO À ECONOMIA: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Por outro lado, no movimento do Direito em direção à Economia, pode-se situar a Análise Econômica do Direito, que surgiu na década de 1960, nos Estados Unidos, tendo como seu precursor o juiz Richard Posner (2005, 2007 e 2012). A base desse pensamento é bastante porosa, uma vez que se ramificou em diversas vertentes. Porém, sua visão se dá a partir de um panorama ideológico, fundado no capitalismo, tendo se apresentado, no contexto da época, como uma alternativa atraente à visão subjetivista do juiz.

Para tanto, incorporou-se ao Direito a noção de maximização de riquezas, com a alocação dos recursos da forma mais eficiente possível. Essa teoria, que se coloca como uma metodologia a auxiliar o jurista na tomada de uma decisão, ramifica-se de dois modos, um positivo-explicativo e outro normativo-valorativo. A AED positiva (1) parte do mundo dos fatos, “do que é”, de modo que permite uma averiguação das causas e consequências em se adotar uma ou outra regra. Por isso, diz-se que a abordagem é explicativa, eminentemente descritiva, ventilando resultados preditivos. A AED normativa (2), por seu turno, situa-se no mundo dos valores, do dever-ser, visando à escolha, dentre as alternativas possíveis, daquela que for mais eficiente (GICO JÚNIOR, 2010; POSNER, 2007; SALAMA, 2008). Essas diferenças podem ser sistematizadas em um quadro didático:

Quadro 1 – Diferenças entre a AED Positiva e a AED normativa

AED Positiva	AED Normativa
O que é (mundo dos fatos)	O que deve ser (mundo dos valores)
Analisa possibilidades normativas existentes	Analisa alternativas a partir de um critério previamente determinado
Analisa as consequências prováveis da adoção desta ou daquela regra (custo-benefício)	Auxilia a escolher a alternativa mais eficiente a partir de um valor
Abordagem explicativa ou descritiva	Abordagem prescritiva

Fonte: (adaptado de GICO JÚNIOR, 2010, p. 18-19).

O estudo da AED, no Brasil, é bastante recente, tendo começado a se desenvolver no final da década de 90 e início dos anos 2000. Em consulta ao Portal de Periódicos da Capes (2018), constatou-se que há 2.664 trabalhos sobre a temática e, em específico sobre “Análise Econômica do Direito” e “Agências reguladoras”, foram encontrados 87 resultados. Neste trabalho, a crítica se dá, eminentemente, à AED normativa, entre suas potencialidades e fragilidades, o que será melhor abordado no próximo subcapítulo. Isso porque, ao assumir a eficiência como um valor, corre-se o risco de se funcionalizar o Direito e sua autonomia. Assim, é importante traçar balizas para a aplicação dessa metodologia ao cenário jurídico brasileiro, para que seja conforme à ordem constitucional vigente.

Um outro ponto que merece, ainda, consideração é sobre as distintas escolas de AED que se difundiram a partir do pensamento de Richard Posner, pertencente à Escola de Chicago. Neste sentido, destaca-se a Escola Austríaca, a Institucionalista, a Neoinstitucionalista e a New Haven¹⁹. Abaixo, segue um outro quadro esquemático, elaborado pelo autor, com as principais características desses movimentos, atentando-se para o fato de que este trabalho propõe leitura crítica da Escola de Chicago, conforme se verá na sequência.

Quadro 2 – Escolas da Análise Econômica do Direito

Escola	Pensador	Principais ideias
Escola de Chicago	Richard Posner	Inicialmente, maximização de riquezas como fundação ética para o Direito. Atualmente, adota noção pragmatista.
Escola Austríaca	Carl Menger	Contrapõe-se à Escola de Chicago, valorizando a liberdade individual de ação.

¹⁹ De forma um tanto diferente, Gonçalves e Stelzer (2014, p. 263) destacam quatro escolas que foram se formando a partir de então: (a) Escola tradicional de Chicago, conduzida por Posner e que levou o nome de *Law and Economics*, (b) Escola Neoinstitucional ou *Property Rights*, (c) Escola de Eleição Pública ou *Public Choice* e (d) Estudos da Crítica Jurídica.

Escola Institucionalista	Warren J. Samuels, Allan Schmid, Harry Trebing, dentre outros	É alternativa, mas complementar à Escola de Chicago. Defende que a eficiência é “o” critério para a resolução de controvérsias jurídicas.
Escola Neoinstitucionalista (ramifica-se em duas vertentes distintas)	Douglass North ≠ Oliver Williamson	(1) Meio ambiente institucional; (2) Teoria da Firma
Escola New Haven	Guido Calabresi	Partiu das bases da Escola de Chicago, mas critica a ideia de que a interdisciplinariedade entre Direito e Economia forneceria respostas definitivas.

Fonte: (adaptado de LOPES, 2011).

2.3 O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO E O RISCO DE SUA FUNCIONALIZAÇÃO PELA ECONOMIA

A partir desse contexto, tem-se em mente que toda e qualquer visão radical deve ser rechaçada, uma vez que fecha as portas para o diálogo. O Direito e a Economia são necessários um ao outro, o que é aqui explorado com a Análise Econômica do Direito (AED), tendo seu precursor Richard Posner (2007), razão pela qual merece destaque. A primeira versão de sua tese, acerca da maximização racional de recursos, foi bastante criticada, fazendo-o rever seu posicionamento, e levando-o a adotar uma visão um pouco mais branda (mas ainda assim não pode ser considerada moderada).

De todo modo, há que se ter em mente a ramificação pela qual passou a escola em questão, em suas respectivas fases, de modo que não pode ser tratada como um movimento uniforme. De pronto, destaca-se que são três os seus principais expoentes: além de Posner, tem-se Calabresi e Coase. Forgioni (2005) bem pontua que a solução conduz nem para a “paranoia”,

nem para a “mistificação”, até porque a realidade norte-americana é bastante diferente da brasileira para se importar acriticamente seus institutos (o que infelizmente acontece...), a começar pela tradição de *common Law*. O próprio Posner (2012, p. 418) reconhece que a AED pode não ter aplicação em outros países, em função de ter sido pensada nos moldes do realismo dos Estados Unidos.

Para se discutir um assunto como esse, faz-se importante se questionar acerca de que tipo de Direito se quer em um Estado Democrático de Direito, de modo a situar seus riscos inerentes, como é o caso da funcionalização. Castanheira Neves (1995, p. 254-256) refere três modelos de sistemas jurídicos: O primeiro deles chama-se regulamentar, e se baseia na mera legalidade. A decisão correta, para essa vertente, é aquela dedutiva, obtida por meio de uma mera aplicação da norma ao fato. Trata-se de um paradigma que permaneceu dominante por muito tempo, e que, hoje, reveste-se de muitas crises, e dá sérias mostras de desgaste, mas, ainda assim, encontra respaldo em parcela significativa da comunidade jurídica.

O segundo, o estratégico, gira em torno da programação político-social, do finalismo, do instrumental eficiência, preferindo os fins aos valores, de modo que a realização do Direito é vista como uma tecnologia. O terceiro, por sua vez, é o axiológico, e se centra na normatividade (e não em um normativismo desmedido), buscando um critério de justiça em meio à realização do Direito e à sua autonomia (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 254-256).

O problema é quando o segundo modelo é levado a cabo como um fim em si mesmo, e “vendido” como o novo padrão a ser seguido (o que pode se dar especialmente na vertente da AED normativa). Nele, o juiz é um tecnocrata, um administrador, um criador autônomo do Direito, enquanto que a justiça se pretende científica, como “solução mais adequada ao objetivo proposto pelo planejador social, sendo neste caso secundária a consideração de valores materiais ou de regras formais.” O sistema jurídico se torna uma “técnica de gestão” visando ao desenvolvimento da cidade, econômica e socialmente (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 270-271).

A jurisdição, para o arquétipo regulamentar, mostra-se como grande aliada dos poderes econômicos, vez que “precisa” dar respostas eficientes e resolver da melhor forma possível os problemas sociais. Isso dá margem, inclusive, para uma procura obsessiva pela decisão judiciária como uma legitimação perante a comunidade que, segundo Picardi (2008, p. 32), chega a ser visualizada como “emanação da soberania nacional”.

Ocorre que, nessa ordem de ideias, o que seria o “melhor” está umbilicalmente alicerçado a fins econômicos. Conforme Galbraith (2004, p. 31 e 79), o sucesso econômico chega até mesmo a ser uma medida de reconhecimento civilizatório, ao passo que a realização

humana é depositada em automóveis, televisores, bens de consumo. O Produto Interno Bruto (PIB), como bem desmistifica o autor, é uma “fraude inocente”, cujo tamanho e composição são determinados pela produção de bens e serviços materiais, excluindo a educação, a literatura, saberes artísticos e outros tantos indicadores que, sim, refletem o desenvolvimento de uma dada sociedade.

O mercado, apresentado por Cassese (2010, p. 145) como um universo aberto, com posições variáveis e paritárias, relações de negociação e a prevalência de interesses particulares fruto de conflito-concorrência, é também uma “fraude inocente”. Isso porque, diferentemente de toda o discurso de fluidez, de facilidade e de uma série de potencialidades que apresenta, acaba sendo, na realidade, uma forma sedutora de esconder o pesado, o lado obscuro, a face negra que só visa ao lucro, o *Black Mirror*.

Segundo pontua Galbraith (2004, p. 25 e 49), no ensino de economia, não se diz que o mercado está perfeitamente sujeito a manipulações. Concorda-se com o autor que o sistema empresarial do século XXI, ao estar essencialmente voltado para o enriquecimento próprio, acaba sendo um “furto”, ideia essa que se aproxima com a “pilhagem”²⁰ denunciada por Mattei e Nader (2013).

Isso porque o Direito, tal e qual concebido e direcionado por organismos internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), juntamente com as condições estabelecidas pelo Banco Mundial, encontra-se a serviço do dinheiro, das multinacionais, travestindo-se como uma nova forma de colonialismo e imperialismo, em que países mais fracos economicamente necessitam de investimentos e pagam pesados juros a tais instituições, enriquecendo-as ilicitamente. Porém, tudo isso é acobertado pelo manto do Estado de Direito como potestade que lhe confere legitimidade. A violência pode ser maquiavelicamente respaldada pelo sistema, de forma que os fins são justificados pelos meios. Um Direito ilegal, pois (MATTEI e NADER, 2013, p. 6).

Esses são perigos reais e alarmantes da sociedade, do Estado e do Direito em rede. O problema do funcionalismo assim se apresenta... Em palavras de Castanheira Neves (1995, p. 254):

²⁰ O livro de Mattei e Nader (2013) aborda um cotejo do papel desempenhado pelo Estado de Direito nas práticas euroamericanas de apropriação violenta, chamada pelos autores de “pilhagem”, em que agentes políticos internacionais e poderosos massacram os mais fracos. Nesse sentido, os autores, desmistificam um cenário em que o Estado de Direito, amplamente utilizado como argumento para respaldar o cumprimento de direitos fundamentais, acaba por ser corrompido, tendo sido utilizado como pretexto imperial para legitimar práticas insatisfatórias de justiça distributiva. A expressão, por sua vez, vem do verbo pilhar (do inglês *plunder*), que denota a ideia de saquear, de roubar bem alheio. A pilhagem, assim, refere-se à propriedade roubada por meio de fraude ou da força, ocultando uma face negra do Estado de Direito (de um lado a força, de outro a fraude). Ver mais em MATTEI, NADER, 2013, p. 17 e ss.

[...] [tem-se a] substituição de uma justiça axiologicamente referida, normativamente fundamentada e prático-dialeticamente realizanda, por uma justiça funcional, finalística, instrumental ou só condicionante, evolutiva e pragmática – justiça que, além disso, deixaria de se posicionar em transcendência normativa à realidade social para se inserir também ela no seio do global processo econômico, político e social, e em termos de se converter o agente de sua realização concreta, agente que até agora foi *iuris-dicens* e *juiz* (no sentido estrito de sujeito imparcial do juízo de validade normativo-jurídica), num agente comprometido e chamado a ser simultaneamente gestor, educador, economista ou administrador [...]

Esse funcionalismo congrega um Poder Judiciário forte, catalisado por um juiz “Hércules” que, na crítica de Ost (1990, p. 181), adapta suas decisões de acordo com as circunstâncias e oportunidades. Trata-se da noção de “engenheiro social”, igualmente criticada por Castanheira Neves (1995) e acolhida por Posner (2012), para quem se está diante de um conceito que bem se amolda ao neoliberalismo, evitando-se devaneios filosóficos sobre a moral. Um juiz que está autorizado a contrariar a jurisprudência e mesmo a lei, para amoldar a solução casuística à eficiência, de forma que estaria assim “criando” Direito. Assim se descortina o realismo jurídico, como o Direito sendo o que “é”.

Mas a “realidade” é opaca, e quase sempre ela não representa o que “é”. O espelho que reflete a alma exterior e esconde a alma interior do ser. Como bem destaca Gianetti (2012, p. 85 e 87), aquilo que se diz real abrange também o ilusório e o virtual. A realidade percebida pelos sentidos, de acordo com o autor, é apenas uma fração, uma experiência restrita, cuja sensação de instantaneidade é fruto da construção dos sentidos. De fato, existe uma defasagem de tempo separando “o que é” daquilo “de que chegamos a nos dar conta”, o agora vivido já é inescapavelmente passado.

Ainda, Mattei e Nader (2013, p. 156-157), de forma semelhante a Ost (1990) e Castanheira Neves (1995), também criticam a visão do juiz como “engenheiro social”, uma vez que o Direito acaba sendo reduzido a um produto de decisões políticas (concepção política da sociedade), de modo que o operador do Direito revela-se como um “árbitro neutro”, criador da estrutura jurídica, caracterizando a natureza normativa do raciocínio jurídico.

Em síntese, o funcionalismo jurídico preconiza que o Direito está a serviço de diversas outras teologias que não ele próprio (!). Conforme Castanheira Neves (2002, p. 31-39), abrange dois pontos. De um lado, (i) tem-se o ser como razão instrumental, que preconiza que o homem deve ser útil, eficiente, ter uma *performance*, uma vez que é o senhor de seu próprio destino. De outro, (ii) encontra-se presente uma racionalidade finalística, com a conversão da prática em técnica, e como condição ou meio para a aspiração de um determinado resultado. A

autonomia do *input*, segue Castanheira Neves (2002, p. 41), é sacrificada em prol de uma otimização do *output*.

Ainda, há que se salientar que o funcionalismo se divide em algumas modalidades, podendo ser político, social e sistêmico. O social, mais especificamente, engloba o funcionalismo tecnológico e o econômico. Este último contempla, por sua vez, o postulado do homem racional e o princípio da otimização global dos resultados, cujo critério basilar é a análise dos custos e benefícios, na perspectiva da maximização da riqueza (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 45), âmbito no qual se situa a Análise Econômica do Direito (AED) e a presente investigação.

É nesse sopesamento que se verifica a grande maioria de dilemas envolvendo Direito e Economia, portanto. Evidentemente, abusos de poder nunca deixarão de existir, como bem refere Galbraith (2004, p. 72), mas se faz necessária a vigilância e a fiscalização sobre os atores econômicos envolvidos, sobretudo as empresas, dado que o interesse é tanto público como do ambiente empresarial. Concorde-se com o autor que “[...] as empresas são um fato essencial da moderna vida econômica. Precisamos delas. No entanto, elas devem se conformar em aceitar as normas e as restrições públicas necessárias”. De todo modo, a liberdade é, sim, importante para proporcionar a ação econômica, mas “não deve servir de cobertura para apropriação, legal ou ilegal, de faturamento ou de fundos” (GALBRAITH, 2004, p. 72).

Para tanto, é contundente desmistificar a relação entre essas duas áreas. O diálogo entre Direito e Economia é, não raras vezes, turbulento, especialmente porque se lidam com óticas diversas para a leitura de um “mesmo” fenômeno social. Metaforicamente, vê-se um objeto de ângulos diversos, às vezes parecendo um outro completamente diferente. De fato, averiguar sua epistemologia tem o condão de projetar as potencialidades e fragilidades de um campo relativamente recente, sob pena de um embate e de uma relação autofágica entre dois campos aparentemente contraditórios.

Isso porque, como bem salienta Salama (2008), enquanto o Direito é verbal, hermenêutico, tem por critério a justiça e se pauta pela legalidade, a economia é matemática, empírica, aspira ter um tom científico, e tem por critério o custo. O que era pra ser uma aproximação torna-se um embate...

A disciplina “Direito e Economia”, ora também chamada de “Análise Econômica do Direito”, de modo mais específico, pode ser conceituada, segundo o Salama (2008, p. 9), como um “corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”. O autor pontua seu potencial de iluminar os problemas jurídicos e projetar implicações de diferentes escolhas normativas possíveis. Nesse sentido, a visão como “conjunto

de receitas de bolo” deve ser afastada, da mesma forma que aquela que, *a priori*, aduz que a eficiência não é importante para o Direito (visão esta que é “míope”) (SALAMA, 2008, p. 6).

O autor (2008, p. 9) destaca, nessa esteira, que há duas dimensões na disciplina de Direito e Economia, as quais são independentes entre si. A primeira delas é positiva ou descritiva (chamada de Direito e Economia Positivo), ocupando-se das repercussões que o Direito gera no mundo dos fatos. A segunda é normativa ou prescritiva (Direito e Economia Normativo), questionando de que forma as noções de justiça podem se comunicar com conceitos tipicamente econômicos, como eficiência, maximização da riqueza e do bem-estar, a qual é o foco da investigação em questão. Trata-se das diferenças entre a AED positiva e normativa, anteriormente explicitada.

Dentro desse contexto, distinguem-se, igualmente, duas tradições intelectuais, a economia política e o realismo jurídico. Em relação à primeira, surgiu com Adam Smith, e se preocupou com a importância que o Direito possui para o funcionamento dos mercados. Tal tradição serviu de supedâneo para instaurar a chamada “ciência econômica”. Em relação à segunda, o realismo jurídico, surgiu nas faculdades de Direito tanto norte-americanas como escandinavas, na primeira metade do século XX. O objetivo era, basicamente, investigar como as leis, de fato, funcionavam, em vez de um estudo de códigos e livros (SALAMA, 2008, p. 10)²¹.

A Análise Econômica do Direito (AED), também chamada de *Law and Economics*, interpretação econômica do direito ou de teoria econômica do direito, é delineada nesse enredo do realismo jurídico. Trata-se de um movimento que surgiu nos Estados Unidos, na década de

²¹ Em entrevista ao periódico Clarín (2018), Franco “Bifo” Berardi aduz que a economia se configura “falsa ciência” na atualidade, uma vez que visa à acumulação irrestrita. Assim, molda-se muito mais a uma técnica que quer regular outras formas de conhecimento e que visa ao atendimento de interesses de um grupo minoritário, do que propriamente à noção de ciência. Segue trecho da conversa: “[Usted] [m]enciona que tres figuras clave de la modernidad, el intelectual, el guerrero y el comerciante, han sido reemplazadas hoy por el artista, el ingeniero y el economista, a quien describe como un “falso científico” encargado de reducir el poder de los otros dos y ponerlo al servicio de la acumulación. ¿Cómo es eso? –He intentado dibujar la historia social de la época moderna a través de algunas metáforas y figuras. Me interesa en particular la separación entre el ingeniero y el poeta, entre el conocimiento científico y la imaginación artística, que es una consecuencia de la reducción de la formación, la educación y el sistema escolar y universitario a meras herramientas para la acumulación financiera. El declive de la enseñanza humanística, la introducción de criterios puramente económicos en el pensamiento científico y en la innovación tecnológica son los efectos más evidentes y peligrosos de la sumisión del conocimiento al provecho económico. En este contexto, la figura del economista domina abusivamente el panorama cognitivo. ¿Qué es la economía? ¿Una ciencia? No me parece. La ciencia se define ante todo por su objeto, por la capacidad de formular leyes universales que nos permiten prever los acontecimientos futuros. La economía no tiene un objeto independiente de su actuación, y por ende me parece una técnica, no una ciencia. El problema es que esta técnica pretende reglar las otras formas de conocimiento según un principio que no pertenece a la ciencia, sino al interés de una minoría. La reducción de la dinámica social al provecho económico devino el dogma central del pensamiento contemporáneo: no se puede decir, pensar ni investigar nada si no sirve a la acumulación de capital.”

60 e 70²², tendo como parâmetro a criação do *Journal of Law and Economics* ainda em 1958, com a difusão de estudos que aplicassem a microeconomia para o direito.

Nesse contexto, podem-se citar três autores que surgiram como expoentes, divulgando seus estudos ao longo da década de sessenta e princípios da década de setenta. Em primeiro lugar, Ronald Coase publicou, em 1960, o livro *The Problem of Social Cost*, em que realizou uma análise do custo social e dos efeitos externos gerados por atividades econômicas, bem como o papel do Estado como intervencionista no domínio econômico. Segundo, Guido Calabresi veiculou, em 1961, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, averiguando a distribuição do risco como um critério que pudesse ensejar a responsabilidade de perdas e danos. Por terceiro, em 1973, Richard Posner publicou o livro *Economic Analysis of Law*, sistematizando o estudo e contendo as principais teses da Escola de Chicago, e passando a aplicar a teoria econômica a diversos ramos do direito, desde o direito civil, concorrencial, tributário, a áreas como direito de família (ALVAREZ, 2006, p. 51).

O movimento se expandiu e se ramificou, não podendo ser considerado homogêneo, como se viu anteriormente. Alvarez (2006, p. 52) salienta, nesse contexto, três tendências da AED: a primeira delas, conservadora e identificada com Posner, é a Escola de Chicago, que contempla pesquisadores como Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook. A segunda é liberal-reformista, liderada por Calabresi, juntamente com Polinsky, Ackermann, Korhnhauser, Cooter e Coleman. A terceira é a neoinstitucionalista, que se desvincula das anteriores em função da temática e da metodologia que aborda, sendo capitaneada por Leljanovski e conta com A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson.

A AED pretende-se como “opção de critério de justiça”, como destacam Gonçalves e Stelzer (2014, p. 266 e 268), que se assume originariamente dentro do Sistema Econômico Capitalista de Mercado. Objetiva um direito racional e calculável, que possibilite a exploração das atividades econômicas de forma segura, sem incertezas nem instabilidade que impedem a acumulação. Conforme Posner (2005, p. 14, tradução livre²³): “O que o capitalismo quer ‘essencialmente’ da lei é a proteção dos direitos de propriedade e da liberdade contratual, por

²² É importante mencionar o surgimento, na década de 70, de três movimentos intelectuais que se mostram contrários à visão dominante da teoria e do utilitarismo até então: (1) Análise Econômica do Direito (AED), com perspectiva econômica do direito, (2) Critical Legal Studies (CSL) ou Escola Crítica do Direito, com perspectiva política, e (3) teorias “right-based”, com perspectiva da filosofia moral e política, destacando-se Rawls e Dworkin na busca por uma sociedade justa. Ver ALVAREZ, 2006.

²³ No original: Lo que el capitalismo requiere ‘esencialmente’ de la ley es la protección de los derechos de propiedad y de la libertad contractual, por parte de jueces razonablemente desinteresados, más que la máxima claridad y coherencia alcanzada por las normas legales (POSNER, 2005, p. 14).

parte de juízes razoavelmente desinteressados, mais que a máxima clareza e coerência alcançada pelas normas legais”.

Para Forgioni (2005), a AED assenta-se em algumas diretrizes: (i) O método clássico que pauta a análise jurídica, de que apenas uma parte causa prejuízo à outra, deve ser abandonado, para dar azo à lógica de que ambas as partes causam prejuízos uma a outra, reciprocamente. Os direitos não são absolutos, sendo imprescindível uma análise de custos e benefícios para todas as partes, e não apenas uma, o que se afina à AED positiva. No caso de uma empresa poluidora, a autora destaca que a análise deve englobar os eventuais benefícios advindos de sua atividade, e não apenas os prejuízos provocados pela poluição em si.

Outro ponto de destaque (ii) é que o sistema jurídico deve buscar a diminuição dos custos de transação, de modo a tornar mais ágil as contratações que se dão entre os agentes econômicos, sob pena de despender um maior número de recursos para tanto. Além disso (iii), o direito deve funcionar como um “marco regulatório”, reduzindo drasticamente o risco de atores econômicos em suas negociações (FORGIONI, 2005).

A intervenção por parte do Estado (iv) igualmente gera custos, os quais devem ser analisados pelos juristas tanto normativamente como na interpretação e aplicação do direito. Um exemplo seria o de uma regra que impõe uma quantidade máxima de açúcar na produção de vinhos, e que implica fiscalização de seu cumprimento. A AED preconiza, nesse caso, que seria muito mais conveniente deixar que o próprio mercado se encarregasse de selecionar os melhores vinhos, que contêm menos açúcar, do que o Estado gastar com tal inspeção, assim alocando melhor seus recursos, sob pena de (iv) ineficiência da intervenção (FORGIONI, 2005).

Forgioni (2005) destaca, também, (vi) que as normas jurídicas são consideradas “incentivos econômicos” para os agentes econômicos agirem de uma ou outra maneira. A sanção é vista como um preço, seguindo os parâmetros de custo/benefício que seu comportamento pode acarretar. No mais (vii), pontua a noção de que o direito não é permeado por valores outros que não a eficiência alocativa, o que o faz ser dotado de neutralidade redistributiva.

De maneira semelhante, Gonçalves e Stelzer (2014, p. 270) discorrem acerca de postulados a serem seguidos pela AED. Como método na aplicação da interdisciplinaridade entre Direito e Economia, propõe-se o individualismo metodológico, segundo o qual a racionalidade maximizadora economicista tem vazão. Ainda, as leis jurídicas precisam possuir, minimamente, uma harmonia com as leis econômicas. E mais: o paradigma jurídico deve

observar a agilização e a fluidez das relações de produção, de forma a maximizar os lucros e otimizar a produção e também a utilização da riqueza, tanto individual como social.

Conforme aduz Forgioni (2005), o raciocínio delineado pela AED é simples. O ponto de partida, em síntese, é que as decisões dos indivíduos são movidas pelo desejo egoístico de satisfazer suas próprias necessidades, de modo que a solução natural seja encontrada pelo mercado, correspondendo às suas preferências. Em vez de se buscar o justo e o adequado, o mercado fornece uma resposta, um resultado que aloca os recursos, levando a um dado resultado.

Para Posner (2005, p. 8), a AED comporta aspectos heurísticos, descritivos e normativos. Os primeiros se centram na demonstração de coerência entre as doutrinas e as instituições legais. Os segundos buscam identificar a lógica econômica e suas consequências na comunidade jurídica, bem como as raízes econômicas de modificações legislativas. Os últimos, por seu turno, referem-se à prática judicante e o estudo de métodos mais eficientes que possibilitem a regulação de condutas por meio do Direito.

O autor (2005) pontua que a tentativa de uma teoria econômica do Direito de forma unificada seria uma pretensão bastante ambiciosa, mas que contemplaria a função jurídica como facilitadora da operação dos mercados livres e, em locais onde os custos de transação²⁴ sejam proibidos, funcionaria como uma imitação do mercado, buscando um resultado aproximado caso as transações fossem factíveis.

Considerando esse panorama, é possível afirmar, tendo por base a leitura de Alvarez (2006, p. 58), que a teoria de Posner pode ser entendida a partir de uma dupla perspectiva. De um lado, tem-se uma “teoria econômica do impacto legal”, que se centra na análise dos efeitos das normas sob um prisma econômico, fazendo uma inter-relação com os impactos que isso pode gerar em termos mercadológicos. Isso abre portas para um raciocínio consequencialista, que tem sua origem remota nas teses de Jeremy Bentham. De outro, evidencia-se a “novidade”

²⁴ A noção de custos de transação foi criada por Ronald Coase, em princípios dos anos de 1960, para explicar o custo social. Conforme Posner (2005, p. 9): “La teoría positiva se construye sobre el famoso artículo escrito por Ronald H. Coase, a principios de 1960, respecto al costo social. El “teorema de Coase” sostiene que, cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada. Hay dos corolarios importantes. El primero es que **el Derecho**, en cuanto compete a la promoción de la eficiencia económica, **debería procurar minimizar los costos de transacción**. Por ejemplo, definiendo claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay un incumplimiento de contrato. Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado. [...] El segundo corolario del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, apesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería **simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.**” [grifei]

introduzida pelo movimento majoritário da Escola de Chicago, centrada na fundamentação econômica para a teoria do direito, de modo que, além dos efeitos das normas, o critério central passa a ser a eficiência e a maximização. É dizer, o direito pode levar o sistema econômico a resultados potencializados por uma concorrência eficaz, abrindo espaço para que o economista calcule custos e atue em reformas legais.

Sobre a questão da eficiência, é mister salientar, primeiramente, que se trata de um conceito com múltiplas acepções. Conforme Salama (2017, p. 7), na relação entre Direito e Economia, refere-se à “maximização de ganhos” juntamente com a “minimização de custos”. Um processo é considerado eficiente, segundo essas balizas, se não for possível que sejam acrescidos os benefícios sem que se aumentem os custos. O autor ilustra a situação com um exemplo prático: suponha-se que o custo total de acidentes domésticos envolvendo tomadas seja aquilatado em R\$100 milhões, e que há uma tecnologia que permite reduzir tais custos para R\$90 milhões, perfazendo uma redução de dez milhões. O custo de troca e adaptação das novas tomadas, no entanto, é de R\$30 milhões. Logo, se uma lei determinasse a troca do padrão das tomadas em questão seria considerada ineficiente, pois haveria um prejuízo social de R\$20 milhões, argumento este que poderia ser levado em consideração para sustentar a inconstitucionalidade de tal ato normativo.

Conforme Galdino (2005, p. 259 e 271), o conceito de eficiência remete para “[...] uma relação custo-benefício favorável em relação aos meios empregados e aos sacrifícios impostos”, com a análise dos efeitos práticos das leis e das decisões judiciais de forma a promover a otimização das escolhas públicas. Além disso, é auferida “[...] pela capacidade que determinada medida de alocação de bens ou recursos tem para gerar a maximização da riqueza social.” (GALDINO, 2005, p. 243).

Essa visão tem sido difundida, sobretudo a partir da década de 80, como bem pontuado por Chevallier (2009, p. 85-86), quando as gestões de Regan e Thatcher introduziram um modelo intitulado gerencialismo ou *New Public Managment*, julgado como sendo o “mais produtor”, devido ao fomento à autonomia de gestão, competição e mudança. O gerenciamento público, assim, passou a ser comparado à iniciativa privada, adotando-se a avaliação de um “desempenho público”, com esforços permanentes de produtividade, na lógica de fazer mais com menos.

No âmbito da AED (normativa), a relação estabelecida entre a justiça e a eficiência é compreendida em termos de maximização racional de recursos. Salama (2017, p. 9-10) distingue três visões acerca disso. Há posicionamentos que consideram a eficiência como uma “fundação ética para o Direito” (vertente fundacional), outros que entendem ser ela um objetivo

a ser perscrutado sob as lentes do pragmatismo (vertente pragmática) e aqueles que inserem os institutos jurídicos no contexto do *Welfare State* como instrumentos integrantes de políticas públicas.

Sobre a visão fundacional (a), é uma tese bastante radical, que foi defendida por Posner no livro “A Economia da Justiça”, em sua fase inicial, na década de 70. Segundo essa perspectiva, as instituições jurídico-políticas devem ser analisadas tendo por base a maximização da riqueza enquanto paradigma. Assim, ela seria fundacional ao Direito, em função de funcionar como critério ético que viesse a distinguir as regras justas e injustas (SALAMA, 2017, p. 10).

Esse posicionamento se pautou em duas premissas centrais, a Regra de Pareto e a maximização da riqueza social. A primeira preconiza que o objetivo a ser perseguido é o máximo possível de bem-estar individual, tomando a riqueza como um “valor”, não importando as desigualdades sociais. A segunda, por sua vez, parte do pressuposto de que se deve buscar um somatório das valorizações individuais da forma mais elevada possível (GALDINO, 2005, p. 243).

Em outras palavras, o ótimo de Pareto, ao privilegiar a escolha racional dos indivíduos e a busca pelo seu próprio prazer, pode levar ao extremo questões como a pobreza e a marginalização social, vistas como custos inerentes ao sistema. Mesmo frente a isso, seria possível falar em uma sociedade desenvolvida. Assim, por exemplo, restaria legitimada a venda de bebês²⁵ em um ordenamento jurídico que prestigiasse a eficiência como (único) mote.

Ocorre que essa visão foi muito criticada pela doutrina, especialmente por Dworkin (2000, p. 356, 393 e 397), para quem não tem sentido supor que a riqueza social compõe o valor social. O autor ponderou que a maximização das riquezas não poderia, em hipótese alguma, servir de instrumento para uma suposta riqueza social, mas apenas como decisões de princípio

²⁵ O exemplo trazido por Forgioni (2005) bem ilustra a questão: “Para realizar todo o seu potencial, as crianças requerem considerável investimento da parte de seus pais, que será maior ou menor conforme o comportamento dos pequenos e a disponibilidade dos genitores. Dependerá, também, de quanto os pais amam seus filhos: maior o apreço, maior o dinheiro que se disporão a despendar. Mas mesmo quando há um profundo carinho, diante de uma família pobre, existe o risco de gastos insuficientes para o bom desenvolvimento da criança. Supondo que, no “mercado” da adoção, a procura supere a oferta, ou seja, haja mais casais a procura de filhos do que crianças disponíveis. Essa escassez decorre de uma ineficiente intervenção estatal, que não leva em conta a *racionalidade dos agentes e a eficiência econômica*. Afinal, várias pessoas que poderiam ter filhos não os querem criar, ao mesmo tempo em que há famílias prontas para acolhê-los. Os “custos de produção” dos pais naturais são acentuadamente inferiores do que os da família que cria o bebê. Se fosse permitido às mulheres grávidas celebrar contrato de venda de seus filhos [ou de seus “direitos de paternidade”, tanto faz], sem qualquer controle de preços, o problema estaria resolvido, com ganhos para as crianças: supõe-se que aqueles dispostos a pagar mais trata-las-iam melhor. É bem verdade que os pais adotivos poderiam dispor-se a gastar seu dinheiro por motivos “errados”, como a exploração sexual; no entanto, neste caso, aplicar-se-iam as leis de proteção dos menores.” De fato, em tal situação, o raciocínio econômico desconsidera totalmente outros fatores.

que sejam orientadas por uma concepção plausível de equidade. Pareto seria, na prática, uma análise do Direito dos economistas, e nem sequer uma análise Econômica do Direito.

Galdino (2005) reconhece, igualmente, que a análise jurídica não pode ser reduzida à análise econômica em si, e salienta que, ainda hoje, alguns economistas consideram o diagrama perfeito. A crítica precisa de Leal (2010) também merece destaque, na medida em que Pareto é hoje tão somente um tipo-ideal cuja materialização é bastante complicada, haja vista o fracasso da mão invisível do mercado diante do sonhado equilíbrio dos custos de transações e da existência de múltiplas externalidades.

De fato, conforme Forgioni (2005), o mercado apresenta falhas, e seu funcionamento defeituoso não logra comportar grau máximo de eficiência alocativa possível. Tais falhas contemplam a assimetria de informações, de modo que nem sempre há o acesso aos dados necessários para a tomada da decisão negocial, bem como a existência do poder econômico por certos agentes que distorcem o mercado, como é o caso da fixação de preços de monopólio, em detrimento do modelo concorrencial.

A autora (2005) salienta, ainda, a presença de externalidades, como suprarreferido, em que pese o fato de terceiros serem afetados por consequências advindas de relações jurídico-econômicas em que não figuram como partes. Elas podem ser positivas, a exemplo do investimento em pesquisa e do desenvolvimento, ou negativas, quando se está diante da degradação do meio ambiente em decorrência do processo de industrialização. Por último, há que se fazer remissão aos bens públicos que, devido à sua natureza, podem ser utilizados por terceiros, como é o caso de um farol que, embora construído por uma dada companhia de navegação, pode ser usado por seus concorrentes sem qualquer ônus.

Quanto à visão pragmática (b), referente à segunda fase de Posner, aduz Salama (2017, p. 10) que ele descartou a eficiência como critério operativo para analisar as situações levadas ao Direito, bem como a noção de que ela deveria se sobrepor aos demais valores sociais. Em vista disso, partiu do problema da maximização da riqueza em um panorama mais abrangente, intitulado jusfilosofia pragmática. Nessa perspectiva, o Direito é um instrumento para fins de empreender os fins humanos.

Para Posner (2012, p. 357-358), o pragmatismo deve ser aplicado em sua vertente moderada, não se afinando à posição filosófica, uma vez que remete à “disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”. Ao longo de sua teoria, percebe-se uma crítica ferrenha à imbricação da teoria moral no raciocínio jurídico, o qual deve vilipendiar o filosófico, segundo seu posicionamento, e postular o Direito como ciência. O pragmatismo não diz aquilo que é melhor, mas pode auxiliar os magistrados a

empreenderem os melhores resultados, sem que se apeguem a dúvidas filosóficas (POSNER, 2012, p. 415).

Além da vertente fundacional e pragmática, Salama (2017) identifica, ainda, a regulatória (c), relacionando-a ao marco teórico de Calabresi. Em síntese, a indagação que se apresenta não é tanto a eficiência como justiça, mas de que forma a construção da justiça pode vir a beneficiar os custos e benefícios. O fator diferencial que se apresenta, nesta ordem de ideias, é a integração das consequências da norma como sendo elemento que auxilia a investigar a (in)validade da norma no suporte fático *in concreto*.

Considerando tais principais postulados da AED, percebe-se a noção de economia como ciência incorporada pelo realismo jurídico, que entende o pragmatista como um “cientista experimental”, que se perquire apenas acerca de diferenças concretas e observáveis que algo possa acrescentar, ou seja, sua consequência prática (POSNER, 2012, p. 402). O raciocínio consequencial, em geral, busca averiguar a necessidade de se pensar uma decisão tomada pelo Direito *pro futuro*. Em vez de se voltar para o passado, refletindo o presente e assim pensando prospectivamente, respeitando um “romance em cadeia”, segundo defende Dworkin (2014), o pragmatismo não vê problema algum em romper com a historicidade e com a tradição, mesmo que ela tenha sido autenticamente construída, o que é um ponto de bastante crítica à AED positiva.

Ora, o Direito é um fenômeno histórico, cuja ordem se baseia em uma estrutura estável e segura, mas não nos moldes racionalistas, como já se pontuou anteriormente. Como fruto da construção humana e situado faticamente no tempo e em um dado contexto, é mister que ele respeite, sim, o passado, com vistas a remodelar-se. Uma construção pragmática, ao revés, pensa-se como aquela correta, objetiva e neutra, como se isso fosse possível de se conseguir, em se tratando de uma ciência da compreensão, como é o Direito.

No plano judicial, especificamente, tem-se a discussão sobre que resposta seria correta diante de um caso prático. Autores como Baptista da Silva (2009), Dworkin (2000), Streck (2014a, 2014b e 2015) buscam construí-la, em suas variações teóricas, a partir de uma aproximação com a hermenêutica, coadunando-se com a visão de mundo, o caminho de pesquisa aqui trilhado.

Ao contrário do que se preconiza no senso comum teórico, o fato de a hermenêutica ser subjetiva não significa que ela comporte arbitrariedades. O magistrado, sem dúvida, deve “levar a sério” (DWORKIN, 2000) a Constituição e o piso mínimo de Direitos fundamentais, para fins de tomar uma decisão em Direito, inclusive em casos que estejam diretamente imbricados com o fator econômico.

De outro lado, uma tarefa objetiva, já idealizada pelos iluministas e agora tecnicizada pelos pragmatistas não deixa de aproximar o Direito a um robô, e não da arte de decidir, de “realizar o Direito”, resgatando Castanheira Neves (1995). A noção de objetividade, tão propalada pela economia, não é possível de ser alcançada.

Para Posner (2012, p. 413-414), a única diferença entre um juiz positivista e um juiz pragmático seria que o primeiro se volta para o passado em uma atitude de “reverência”, enquanto que o segundo não se preocupa com a continuidade. Desse modo, ser “voltado para frente”, de acordo com o autor, não implica valorizar o passado por si mesmo, mas só em cotejo com o presente e o futuro.

Nesse sentido, cabe mencionar brevemente o que seria o positivismo, o que atravessa a discussão, porém refoge a uma abordagem aprofundada neste ponto especificamente. Conforme Streck (2014a), há distintos positivismos no decurso da história. Primeiro, o positivismo jurídico clássico exegético ou também chamado de legalista remetia à noção de que a regra era suficiente por si só, abrangendo *in abstracto* todas as hipóteses de sua aplicação.

O positivismo normativista, por sua vez, reconhece que a lei não é detentora de todas as respostas, mas aposta suas forças na subjetividade do intérprete, poderia livremente dizer o Direito, o que se aproxima do posicionamento defendido por Posner (2012).

A comparação de Chatêlet e Pisier Kouchner (1981, p. 50 e 54) é válida aqui, uma vez que é como se estivesse diante de um “catálogo de métodos” que fosse garantia contra toda e qualquer ilusão metafísica, buscando autonomia do campo científico e menosprezando a fundamentação filosófica. Esse raciocínio parte da ideia, segundo os autores, do modelo “do fato ao fato através da ideia”, que veio ditado por Jeremy Bentham e John Stuart Mill. O primeiro é considerado o mais importante filósofo do consequencialismo, tendo inventado o utilitarismo, no século XVIII, e que serviu de inspiração remota para a criação da Análise Econômica do Direito (AED).

O raciocínio moral consequencial, de acordo com Sandel (2017a), depende das consequências da ação. Ele pode se verificar em uma série de situações práticas, não necessariamente econômicas. Assim, o autor problematiza a discussão com a seguinte história: Um maquinista conduzia um trem desgovernado e, logo à frente, havia cinco operários impossibilitados de sair do caminho, os quais certamente morreriam caso o condutor seguisse naquela direção. A uma dada altura, seria unicamente possível contornar o trajeto por uma outra linha férrea, onde apenas um trabalhador estaria trabalhando. A pergunta é: quem deixaria seguir a ferrovia, provocando a morte das cinco pessoas, e quem faria a manobra com o trem, levando à morte uma pessoa? A maioria da plateia (o questionamento foi feito em um auditório

com várias pessoas) respondeu que escolheria matar uma única pessoa, deixando as outras cinco viverem. O princípio aplicado: “melhor que um morra para que cinco possam viver”.

Num outro contexto, Sandel (2017a) narra que há um observador que se encontra em cima de uma ponte, e observa um trem desgovernado. Para evitar a morte dos cinco operários, poderia empurrar lá de cima um homem muito gordo exatamente por onde passaria o bonde. Novamente, uma pessoa seria sacrificada em prol de cinco. A maioria da plateia, porém, entendeu não ser o caso de empurrá-lo, uma vez que isso interferiria em seu ato de vontade.

Por último, uma outra situação: um paciente sadio se desloca a um certo hospital para fazer um *check-up*. No local, há outros pacientes em estado terminal, cada um precisando de um órgão distinto para voltar a uma vida normal. O senhor saudável estava com todos estes órgãos funcionando maravilhosamente bem. A proposta que Sandel (2007a) sugere: sem que o paciente são soubesse, seria possível transplantar seus órgãos aos outros pacientes, salvando-se cinco vidas em detrimento de uma só? Por que a resposta não é imediatamente apresentada com solução?

Na esteira do utilitarismo, a ideia central é maximizar a utilidade, tida como um saldo de prazer sobre dor, felicidade sobre sofrimento. Trata-se de um agir, tanto individual como coletivo, de modo a maximizar a felicidade (“o bem maior para o maior número de pessoas possível”) (SANDEL, 2017b), o que justificaria, segundo essa filosofia, a escolha adotada pela larga maioria nos exemplos elencados. Alguns desses questionamentos parecem encontrar uma simples resposta, mas em outros a tarefa é bastante complexa.

Trazendo a discussão para a relação entre o Direito e a Economia, pode-se dizer que o ponto de tensão reside no problema dos custos dos direitos e na utilização da eficiência como aliada para a realização da justiça, como se viu anteriormente: como concretizar todos os direitos fundamentais de todos os cidadãos? Em qual área investir mais? O problema do Estado fiscal é apenas orçamentário? Os custos dos direitos não estariam sendo suportados de forma diluída na sociedade, de modo que o cidadão tem direito a um atendimento jurisdicional efetivo e sem demoras e um serviço de saúde adequado sem ter que esperar muito na fila? Mas, como pensar essa relação em um mundo no qual as pessoas só querem fazer valer seus direitos, são hiperindividualistas e se esquecem que possuem deveres?

A discussão traz em seu bojo o cenário de crises destacado no primeiro subcapítulo e, ressaltando-se a tese de Ferrajoli (2014), a justificativa para essa conjuntura angustiante do século XXI pode ser explicada por uma (grande!) parcela de culpa dos representantes e dos agentes econômicos que exercem *lobbies* para fazer valer seus interesses, e igualmente pela culpa dos representados, dado ao sentimento de apatia política, impotência ou inércia.

De fato, concorda-se com Galdino (2005) e com Nabais (2002) que todo Direito tem um custo. O primeiro sustenta sua tese na ideia de que “os Direitos não nascem em árvores”²⁶.

Sem dúvida, é preciso um reconhecimento formal, um plano constitucional que crie mecanismos hábeis à sua tutela e proteção diante de violações. Evidentemente, não se concorda totalmente com suas fundamentações, mas entende-se, desde já, que uma aproximação entre Direito e Economia deve aproveitar o raciocínio consequencial, mas não a ponto de torná-lo um consequencialismo reinante. É dizer: é possível usar a AED positiva, mas sem o extremo de romper com a tradição e historicidade, com a Constituição. Também deve igualmente incorporar a eficiência, mas não fazer dela uma deusa e, por fim, deve perseguir a concretização de Direitos, mas sem perder de vista os deveres.

Buscando-se uma aproximação com a autonomia do Direito, em meio a esse contexto, percebe-se que Castanheira Neves (2002, p. 74-75) preconizou duas condições para a sua implementação, as quais não são nada simples. Mas, se isso fosse fácil, não se estaria discutindo sobre tais problemas desde a Grécia e a Roma Antiga. Hermeneuticamente, a frase de Heráclito de Éfeso de que “não se banha duas vezes no mesmo rio” é perfeitamente cabível aqui. Em que pese a variação do momento histórico, pode-se dizer que a essência permanece a mesma: o homem-pessoa.

Assim, a primeira condição para a autonomia do Direito é institucional: proclamar o Direito autônomo e buscar o seu empreendimento incondicional é tarefa árdua, e os responsáveis nucleares pelo ordenamento jurídico detêm um papel essencial. É o caso das Cortes e que, no estudo da presente pesquisa, foi delimitada no Supremo Tribunal Federal. A segunda, por seu turno, é existencialmente cultural, no sentido de que o homem precisa se

²⁶ A teoria elaborada por Galdino (2005) preconiza, basicamente, que há escolhas trágicas a serem realizadas em se tratando de Direitos fundamentais e suportadas por governos em suas respectivas políticas públicas. Seu fundamento parte da tese de Cass Sunstein e Stephen Holmes, para evidenciar a ideia de que os Direitos fundamentais são todos positivos, uma vez que as prestações estatais são justamente positivas: “[...] os Direitos individuais (enquanto Direitos subjetivos públicos) sempre foram positivos, no sentido de que sempre demandaram intervenção estatal em forma de prestações estatais positivas. O diferencial do presente momento teórico é o reconhecimento dessa positividade, e não o seu surgimento” (GALDINO, 2005, p. 229). Os custos dos Direitos possuem, assim, um caráter biface, sendo entendidos ou como óbices ou como pressupostos (este último enfoque que é o defendido pelo autor). Neste passo, a frustração de um dado Direito fundamental se daria em decorrência da opção política, de modo que os custos são meios para a promoção dos Direitos, o que ajudaria a explicar por que alguns Direitos são contemplados em detrimento de outros, mesmo que erigidos pela Constituição Federal à categoria de fundamentais. Seu embasamento é de cunho operacional e descritivo, de matriz pragmática, porém ele não se amolda fielmente a Posner, uma vez que busca um ponto de contato com a ética, em Amartya Sen, até porque o próprio autor reconhece que, muitas vezes, a economia tem se apropriado do discurso jurídico para fins de prevalecer seu próprio discurso. Contudo, cabe pontuar a crítica de que, mesmo reconhecendo essa possibilidade, Galdino adota uma concepção de Direito instrumentalizada, como meio para a promoção de finalidades. Segue uma citação que explicita bem essa conotação: Citação ótima para ilustrar a “realidade” (visão nebulosa): “[...] Antes do mais, é necessário que a cultura jurídica reconheça que a metodologia das ciências econômicas produz análises e resultados mais próximos da realidade através de instrumentos mais precisos.” (GALDINO, 2005, p. 253).

compreender não apenas como destinatário de Direitos, mas como compromissado, como sujeito do próprio do Direito e com responsabilidades (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 74-75).

Talvez a proposta de Nabais (2002, p. 1-5) de erigir ao plano constitucional os deveres fundamentais seja uma saída possível, tendo em vista que a face oculta da liberdade e dos Direitos está na responsabilidade e nos deveres e custos. Isso porque a doutrina pós-guerra, ao focar sobretudo em direitos, deixou a noção de deveres no silêncio. As causas do esquecimento se dão em função de toda uma conjuntura política, social e cultural, considerando as atrocidades cometidas por governos autoritários. De toda sorte, pode-se falar em um regresso à visão liberal, e o discurso quantitativo dos Direitos fundamentais chegou a beirar ao “fundamentalismo” em alguns momentos, como preceitua o autor.

É inegável que o momento histórico da época, considerando a emergência de governos ditatoriais e sua posterior derrocada em prol do fenômeno democrático (que atingiu, de uma maneira geral, a civilização ocidental), exigia uma especial atenção à defesa dos Direitos fundamentais, tendo em vista justamente o quadro fático lamentável de suas (constantes) violações. Hoje, porém, acredita-se ser um momento oportuno para se resgatar tal debate sobre as responsabilidades do ser humano para com sua sociedade, inclusive como forma de religá-lo, segundo Morin (2007), a si mesmo e à comunidade.

Em linhas gerais, dado que o propósito aqui é tão somente pontuar reflexivamente a discussão, mas sem adentrar em questões mais profundas, Nabais (2002, p. 9-10) propõe o conceito de deveres fundamentais²⁷ como uma categoria autônoma, fundamentada logicamente, enquanto dignidade humana, e juridicamente, atrelado à necessidade de uma previsão constitucional, seja como tipicidade fechada ou um rol de cláusulas gerais. Seu regime, ainda, contemplaria dois aspectos, um geral (como é o caso da igualdade como proibição do arbítrio) e outro com inaplicabilidade direta e dependente de concretização geral.

No caso de condutas desleais perpetradas por grandes empresas, em uma típica situação que envolve Direito e Economia, poder-se-ia aventar deveres fundamentais de seus sócios, acionistas, controladores, quiçá com a atribuição de pesadas sanções para quem vier a desrespeitá-los. Entende-se que o ideal seria o “espírito cívico”, a noção do homem enquanto “co-piloto”, parafraseando Morin (2007) do mundo, como aquele que se preocupa

²⁷ Em palavras de Nabais (2002, p. 8), “podemos dizer que os deveres fundamentais se configuram como posições jurídicas passivas (não activas), autónomas (face aos Direitos fundamentais), subjectivas (já que exprimem uma categoria subjectiva e não uma categoria objectiva), individuais (pois têm por destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoas colectivas) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação)”.

ecologicamente com a vida e com a educação. Mas, pensando no Direito enquanto meio coercitivo, não se pode deixar a questão ao plano da mera recomendação ou da *soft law* o estabelecimento de padrões éticos de conduta. O pensamento de Kaufmann (2000, p. 73, tradução livre), muito embora não se refira propriamente a essa discussão, merece ser salientado:

Onde há Direito se pode exercer a coerção; mas não necessariamente há Direito onde se exerce a coerção. Não podemos basear sua validade na coerção, mas há que se exigir do Direito vigente que, para que domine a ordem e a paz jurídica, imponha-se, em caso de necessidade, por meios coercitivos.

Assim sendo, é importante buscar um ponto de contato entre a obrigação estatal de concretizar os Direitos e os deveres dos cidadãos para com a cidade, dado que os custos não podem ser invocados como forma de o Estado imiscuir-se de suportar o ônus que lhe é inerente. Mas poderia a AED ser aplicada no Brasil? Ou ela seria considerada inconstitucional face ao paradigma do Estado Democrático de Direito? E uma decisão judicial que se valesse de argumentos econômicos, poderia ser considerada fundamentada juridicamente? Lopes (2005) também traz questionamentos pertinentes: as regras legais podem ser usadas para justificar decisões sobre o que fazer no futuro? A análise dos custos e benefícios pode ser considerada como argumentos legais?

A partir dessas perguntas, e tendo por base a investigação sobre a AED, entre suas potencialidades e fragilidades, passa-se a introduzir seus delineamentos no cenário jurídico brasileiro, com vistas a preparar a discussão do próximo capítulo. Mas, antes, porém, uma parada necessária.

Não há garantia de uma única resposta correta, não há a exata relação entre o Direito e a Economia, não há uma solução apenas, não havendo qualquer segurança de que o funcionalismo solape a relação jurídico-econômica, nem que se atinja a autonomia do Direito como uma “linha de chegada” e que, a partir de então, viver-se-ia um mundo perfeito, um horizonte azul. Seria o fim da história, e isso nunca acontecerá.

A vida, o Direito, a Economia, a sociedade em rede, tudo isso é feito de externalidades. Pode-se dizer, voltando ao provérbio árabe (milênar!) refletido em linhas anteriores, que a tentativa de se conseguir juntar todos os fragmentos dispersos pelo chão é uma tarefa impossível [que o juiz Hércules de Ost (1990), o “engenheiro social” se propõe a cumprir...], e que não se logre uma conclusão “conclusiva”...

Isso é angustiante. É fruto da modernidade. Foi construído pelo próprio ser humano, que busca ser completo em sua incompletude, e não aceita o fato de, muitas vezes, dar muitas voltas e não conseguir encontrar o fim. É que ele não existe. E isso não é niilista, nem realista. É hermenêutico. É uma tarefa de ir e voltar, bastante desafiadora, tomando consciência dos preconceitos, das limitações, e de que o próprio conhecimento é passível de erro. Mas isso não pode servir de óbice para que se busquem (novas) inter-relações antes impensadas.

A interdisciplinaridade entre Direito e Economia não escapa dessa constatação. A crítica que se faz aqui reflete a existência de dois níveis, dois *logus* de fala que, muitas vezes, não se comunicam entre si. Aí se tem um embate, e não um diálogo. A AED, quando se propõe a ser uma fórmula pronta, a sobrevalorizar a eficiência em detrimento de outros valores arduamente conquistados pelo e no Direito, quando advoga que o modelo de juiz técnico é o modelo a ser empreendido, atua no *logus apofântico*, parafraseando Stein (2004).

É onde o senso comum teórico reside. Reproduzir, copiar, colar: a economia tem métodos que se aproximam mais da realidade, é ela que deve ter a “bola da vez”. Sem filosofia, mas objetividade. Sem muitas delongas, mas ir direto ao ponto. Julgar pelas consequências, mas ser hipermetrope diante do presente, e só olhar o futuro inautenticamente. E permanecer nesse nível, ainda refratário da metafísica objetificante, é impedir que a historicidade se desenvolva, é tratar o Direito como uma potestade.

Por outro lado, o *logus hermenêutico*, voltando-se a Stein (2004), é aquele que possibilita des-velar à “coisa mesma”, mas tampouco de forma imperativa. Ele permite pensar, refletir, dar-se conta das fragilidades que permeiam o Direito e a Economia. O diagnóstico da funcionalização se encontra nessa seara, por exemplo. Trata-se de um círculo que se retro-alimenta. Ir e voltar, transitar entre o *logus apofântico* e o *logus hermenêutico*, entre o ordenamento jurídico posto e aquele em vias inacabadas.

É também mirar-se no espelho, mas não deixar que a “farda de alferes” torne-se a única alma refletida. É dar-se conta da alma, da razão de ser do Direito, tarefa essa que cada jurista pode realizar, desde que saia de sua zona de conforto de “operador” e pense, deixe de ser cego. A relação *Law and Economics* encontra-se sob tensão, e sua face obscura é o discurso absolutista de soluções *fast-foods*, amoldadas à dinâmica líquida (BAUMAN, 2000) da (pós-)modernidade, garantido pelo discurso economicista. É seu *Black Mirror*.

Parafraseando Copetti Neto (2017, p. 200), é um “paradigma antijurídico”, que se hibridiza como “falácia jusnaturalista” ou “falácia econômico-substancialista”, uma vez que consolida uma base ontológica ao Direito, de forma a confundir-lo com um “legitimismo econômico”. Em suas palavras (COPETTI NETO, 2017, p. 2013):

Isso quer dizer que o movimento da *Law and Economics*, mais do que qualquer discurso político-ideológico enquadrado num espaço especulativo autônomo, crítico e projetivo nas comparações do próprio Estado Constitucional, é uma ruptura jurídico institucional: por um lado, porque propôs uma mudança teórica e estrutural à concepção de direito e, não obstante, à democracia, edificada como teoria jurídica, pois intimamente arraigada, anexada, à quantidade e à qualidade de direitos a ela incorporados; por outro, porque ao propor essa mudança teórica e estrutural à concepção de direito, além de ignorar, desfaz a normatividade estrutural do próprio sistema jurídico, que não é mais submisso, mas determinante de limites e de vínculos nos conflitos da política e, especialmente, da economia.

Mas, frente a esse quadro, como conformar o movimento ao paradigma constitucional, de modo que respeite direitos fundamentais e obedeça a um teto máximo normativo? Copetti Neto (2017) igualmente se preocupa com o questionamento, e traz o aporte de Ferrajoli (2014), com o qual se concorda, para justificar as aproximações possíveis.

O autor (2014, p. 23) pontua dois núcleos de direitos em se tratando da democracia. De um lado, tem-se a esfera do decidível, que contempla direitos políticos e direitos civis de autonomia. É dizer, engloba a política e o mercado, podendo ser alterados, mas devem obediência a vínculos impostos justamente por princípios constitucionais. De outro, tem-se a esfera do indecidível, que retrata o caráter imperativo dos direitos fundamentais.

Isso significa que a legitimação popular, por si só, não confere legitimidade nas decisões político-econômicas adotadas pelo governo (FERRAJOLI, 2014, p. 19), uma vez que precisam respeitar núcleos duros constitucionais, cláusulas pétreas, como é o caso do art. 60, §4º, do art. 5º e de tantos outros dispositivos da Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988).

Esta preocupação também é apontada por Mayer (2010), que salienta o fato de que a AED, ao conjugar elementos de Economia para a resolução de problemas jurídicos, não pode afastar totalmente o Direito (sob pena de se configurar uma mera análise econômica) nem aplicá-lo puramente (sem levar em consideração o que preceitua a Economia). Caso houvesse a preponderância de um dos lados, aduz a autora, “[...] o Direito perderia seu valor principal, que é a busca pelo justo, passando a utilizar a eficiência alocativa ou a riqueza como diretriz. [...]”.

Contudo, a Constituição não pode ser abandonada, sob pena de que a relação custo-benefício seja utilizada para fins cruéis. Segundo Lopes (2005, p. 174-175), a eficiência, por si só, não se coaduna com o critério da legalidade, até porque pode ser muito mais eficiente matar uma parcela da população para combater um certo problema do que deixá-la viver, mas o Direito proíbe situações degradantes como essa, independentemente de qualquer análise de

custos. Isso porque a racionalidade jurídica, de acordo com o autor, balizada pela noção de seguir a regra (*follow the rule*) barra a racionalidade econômica.

O problema da autonomia do Direito, novamente, encontra-se em xeque. A AED poderá ser aplicada ou não, a depender do caso concreto. Isso significa que “realizar o direito” não é uma tarefa *a priori*, mas depende de todo um conjunto fático que indicará as potencialidades e as fragilidades de se usar a AED. Mayer (2010) aduz que há quadros que (i) permitem sua aplicação, (ii) outros em que se revelaria um desastre e, ainda, (iii) outros em que há se agrega qualidade a uma decisão.

Dentro desse contexto, Forgioni (2005) também indaga em que medida a AED pode vir a ajudar o Direito. Para tanto, aportou três argumentos principais que reúnem posições do movimento, algumas das quais aceitas e outras que devem ser descartadas. O primeiro deles se centra na constatação de que o seu raciocínio permite que sejam identificados os efeitos que uma norma jurídica ou uma decisão judicial podem acarretar, oportunidade em que se insere a análise de seus custos/benefícios. É o caso da fixação de multa sobre o atraso no pagamento de taxas de condomínio. Para a AED, se o patamar for muito baixo, haverá um estímulo demasiado ao inadimplemento (consequência econômica esperada), faltando recursos para a manutenção de atividades tipicamente comuns. Tal ideia é comumente aceita, não sendo alvo de críticas pela comunidade jurídica.

O segundo argumento visa à explicação sobre o motivo pelo qual certas normas jurídicas têm lugar no ordenamento em detrimento de outras. Para compreender esse raciocínio, deve-se ter em mente que a “ordem jurídica de mercado” contempla processos de interação entre dois tipos de normas, as endógenas (geradas por agentes econômicos, sobretudo mercadores) e as exógenas (impostas por um poder externo) (FORGIONI, 2005). No primeiro caso, pode-se citar marcos normativos estabelecidos pelas próprias empresas para regular suas condutas mercantis, enquanto que as segundas se referem a legislações estatais utilizadas para coibir certas condutas.

Ocorre que as normas endógenas têm sido utilizadas, em alguns casos, de modo indiscriminado por atores econômicos, criando obrigações e estabelecendo normativas que contrariam, não raras vezes, o disposto em textos constitucionais. Um fator agravante é que tais agentes são, em larga parcela, multinacionais, o que torna difícil criar mecanismos unificados que fiscalizem e sancionem suas condutas, as quais são perpetradas de modo pulverizado em países diversos. Com bem pontua Forgioni (2005), esse segundo argumento é alvo de inúmeras críticas, uma vez que há o solapamento da ordem jurídica pela econômica, em meio à inanição estatal.

Ainda, uma última posição parte da AED como determinante do tipo de norma que deve ser abrigada pelo Direito, ao passo que a eficiência é elevada como pedra angular do sistema e vista como valor jurídico máximo. Contudo, diante da supremacia da Constituição Federal, como já se viu, essa visão deve ser imediatamente descartada (FORGIONI, 2005). Essa tomada de consciência parece ser um ponto em comum dentre os autores que se propõem a adaptar as lições da AED para o cenário jurídico brasileiro, mesmo aqueles que se consideram pragmatistas.

É o caso de Galdino (2005), que reconhece que o discurso economicista pode ser utilizado como fator de prevalência sobre o jurídico, e que isso não pode ser aceito. Para tanto, busca aproximações com a ética de Amartya Sen (2011), rejeitando a visão de um *homo economicus* movido por seus interesses próprios, egoísta ou amora.

Conforme Sen (2011), a justiça não deve se pautar por critérios perfeitos, mas sim que reduza consideravelmente a injustiça no mundo da vida, em uma perspectiva comparativa da vida real. É interessante mencionar a construção de seu posicionamento, que evidencia duas concepções de justiça. A primeira matriz cronológica é o institucionalismo transcendental, que recorreu ao contratualismo como fonte para respaldar sua visão. De acordo com ela, a justiça deve focar em arranjos institucionalmente justos, de forma ideal. Instituições corretas, arranjos corretos.

Ocorre que isso acaba se desvinculando do mundo dos fatos, e a justiça acaba se caracterizando como um tipo ideal que nunca chega a se consubstanciar. Onde está a justiça? Nas instituições? Parece que não. Se os homens são aqueles que dão corpo às instituições, e são passíveis de corrupção, a justiça não estaria sendo ali realizada. Seria mesmo uma atitude de contemplação.

Ainda, considerando o descrédito perpassado atualmente pelo setor público governamental, acentuado pela constante divulgação de escândalos políticos e econômicos que formam uma relação promíscua interminável de interesses, a “sociedade do espetáculo” (GARAPON, 1999) voltou seus enfoques ao Poder Judiciário, ao não saber mais a quem recorrer.

De fato, voltou-se à justiça para se fazer valer a justiça, mas, mesmo assim, ela não tem sido concretizada... A segunda concepção de Sen (2011) procura desmistificar essa relação, buscando uma abordagem comparativa voltada à realização social. Em vez de arranjos idilicamente perfeitos, uma análise do comportamento real das pessoas. O ponto de partida é como a justiça pode ser promovida, destacando-se a emergência de uma série de razões plurais, sem que haja uma única razão predominante. A economia é uma delas.

Gianetti (2012, p. 154), de forma um tanto semelhante, muito bem coloca a importância de se evitar o economicismo, uma vez que o valor econômico é apenas um dentre tantos outros. A economia, logicamente, não pode ser a “nova religião” dos tempos atuais. A riqueza e a renda são sim meios de vida, mas não a própria vida, não havendo por que sacrificar valores afetivos, ecológicos, estéticos e existenciais em prol da acumulação econômica.

Ao trazer a discussão para o plano fático, Sen (2011) evidencia a existência de desigualdades tamanhas, que podem ser recrudescidas se o fator econômico for deixado livremente, sem que a justiça tome alguma atitude neste sentido. Evidentemente, reconhece o autor, não se conseguirá, pelo menos em um curto prazo, solucionar cabalmente os problemas da humanidade, mas é possível – e imprescindível – que as disparidades extremas sejam, sim, erradicadas. Não pode haver a *matsyanyaya*, que se dá quando o “peixe grande” sempre consegue devorar o “peixe pequeno”, como é o caso da escravidão.

De nada adianta, assim, a redução do custo de um produto, por exemplo, que deixaria o consumidor “feliz”, ainda que momentaneamente, se a sua confecção se deu às custas de uma mão-de-obra barata, sem as mínimas condições dignas de trabalho suficientes. Em vez da escolha racional, voltada ao autointeresse e cuja compreensão de razão e racionalidade se mostra bastante limitada, Sen (2011) chama a atenção de uma escolha social²⁸, em que a tomada de decisões democráticas possa ser realizada de forma a contemplar todos. Assim, desloca-se o eixo para as capacidades que as pessoas podem ter, aquilo que, de fato, ela pode realizar, em “carne e osso”, voltada à maximização da riqueza social.

Trata-se de uma justiça identificada como um modelo indiano de *nyaya*, calcada em uma avaliação consequencialista a respeito dos resultados de um ato (in)justo. No outro enfoque, percebe-se a fragilidade do modelo de *niti*, em que a “justiça seja [formalmente] feita, ainda que o mundo pereça” (SEN, 2011, p. 50 e ss.). A eficiência, assim, deve resguardar relação com os impactos sociais que pode acarretar, e não em arranjos abstratos mercadológicos, como já se salientou neste trabalho.

Segundo Leal (2010, p. 52 e ss.), dizer que algo é ineficiente, economicamente, é insuficiente para o Direito, uma vez que a lógica de lucro excludente leva a um individualismo metodológico de escolhas racionais, condicionando as ações dos indivíduos a uma

²⁸ A teoria da escolha social foi proposta, pela primeira vez, no contexto da Revolução Francesa, pelo barão Condorcet, com o nobre propósito de evitar a instabilidade e arbitrariedade nos processos de escolha social. Porém, os resultados foram tão pessimistas, que suas ideias foram abandonadas por um longo tempo. Em 1950, Kenneth Arrow repaginou a teoria, adaptando-a para cumprir mínimos requisitos de razoabilidade. Os resultados foram também pessimistas, mas, a partir de então, criou-se uma disciplina que se voltou ao estudo da tomada de decisões coletivas. Ver mais em Sen (2011).

maximização de satisfação de acordo com os (des)incentivos externos. Em perspectiva aproximada, Forgioni (2005) preceitua que o Direito existe para fins de subjugar tais determinismos econômicos, ao passo que muitas das regras que seriam ineficientes à luz do mercado “existem, valem e são eficazes”.

Na busca de um critério de solução de demandas que envolvem dilemas entre Direito e Economia, Gonçalves e Stelzer (2014, p. 262) apostam na aplicação do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) como uma categoria teórica e socialmente inclusora. O objetivo, segundo os autores, é permitir a racionalidade e humanização da norma positivada, tendo em vista a vida do ser humano, em meio aos diferentes contextos que se apresentam (econômicos, políticos e jurídicos).

Esse arranjo parte da busca pela eficiência dentro de limites impostos pelo Estado, chamados de Mínimo Ético Legal (MEL), com a incorporação de critérios econômicos em harmonia com mínimas condições de justiça e também de bem-estar social enquanto alternativa para o Direito. Visa-se à defesa de interesses pessoais e diretos, em meio à utilização racional e eficiente dos recursos escassos, postulando-se o interesse econômico-social (GONÇALVES E STELZER, 2014, p. 275).

Porém, esse critério possui igualmente deficiências, as quais são salientadas por Leal (2010, p. 80-81). Isso porque, ao buscar a aproximação máxima possível de interesses de mercado com os sociais, acaba-se frisando a ação econômica dos agentes, priorizando a essência econômica da norma, em um cálculo econométrico que engloba variáveis sociais e temporais, a possibilitar qual realidade de utilidade deve ser sacrificada²⁹.

²⁹ Objetiva-se apenas apontar o PEES como possível técnica de harmonização entre economia e justiça, em meio à sua teorização e críticas de aplicação. Para uma análise mais acurada, que trata de vertentes microeconômicas que refogem ao estudo em tela, sugere-se consultar GONÇALVES E STELZER (2014, p. 275), salientando-se o seguinte trecho de seu estudo: “Nesse sentido, a utilização cuidadosa de critérios econômicos harmonizados com objetivos de justiça e bem-estar social representa alternativa para regras de Direito próprias do desenvolvimento. Necessária, pois, é a busca de mínimas condições de justiça asseguradoras e mantenedoras da liberdade no exercício da atividade econômica, uma vez que se reconhece, no estado de concorrência perfeita, no qual não impere o despotismo dos economicamente poderosos, o estado utópico do sistema econômico. O resultado do modus operandi dos agentes econômicos, inseridos em contexto regulamentado, é, em última instância, a defesa de seus interesses pessoais e diretos, tais como: a sobrevivência e a satisfação de suas necessidades vitais, dentre outros; de modo racional, através do uso eficiente dos escassos recursos, seja, por meio do indicativo do mercado em primeira instância ou, na falha deste, através da regulamentação que deve, invariavelmente, defender o interesse econômico-social, segundo o PEES”. Por outro lado, sugere-se consultar Leal (2010, p. 80) para uma visão contrária do instituto, destacando-se a seguinte crítica: “Não obstante, tem-se que o PEES prima, quando da elaboração ou aplicação normativa, pela essência econômica da norma que, devendo ser eficiente – maximizadora de resultados esperados quando da adjudicação de direitos entre os agentes, ou quando determinante de obrigações – não deve olvidar a consideração, no cálculo econométrico, das variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades que se auferem sacrificando determinados bens e serviços de outrem, ainda, considerado o maior número possível ou a totalidade dos agentes envolvidos e possibilitada a eliminação das externalidades para a sociedade presente e futura.”

De toda sorte, é importante ter em mente algumas perspectivas de investigação na relação entre Direito e Economia que, como se viu até aqui, é bastante complexa e não congrega nenhuma resposta definitiva. Conforme Salama (2008, p. 39-41), a análise institucional comparativa permite ao jurista cotejar incentivos de diferentes possíveis configurações para a tomada de sua decisão. Para se averiguar as repercussões geradas pela lei, o autor sugere uma visão que transcenda as consequências individuais e abarque reações sistêmicas (efeitos de segunda ordem das normas jurídicas). Também, é na empiria que se abre o leque de confirmação das hipóteses, juntamente com a interface com as demais ciências sociais.

De mais a mais, deve-se ter presente que o mercado comporta falhas e os governos também, além do que estudos comparados podem ajudar a enriquecer o debate. Ainda, a teoria jurídica torna inafastável a inclusão dos custos e benefícios, sem contar que a discussão não pode abdicar de um enfrentamento filosófico, mesmo em se tratando de vertentes mais sectárias da AED (SALAMA, 2008, p. 39-41).

A partir das considerações elencadas, e tendo em vista todo o cenário de crises antes delineado, pensou-se em alguns “custos” que podem gerar caso a AED seja utilizada de forma desequilibrada ou ingenuamente, sem a pretensão de esgotamento do tema. Tais premissas podem ser consideradas, ainda, como riscos do funcionalismo do Direito pela Economia. São eles: (a) possibilidade de que a maximização da riqueza individual e social possa vir a preponderar sobre valores como o amor, a justiça e a dignidade, caso a AED normativa seja levada ao extremo; (b) busca por um cenário de certezas em meio à globalização das incertezas; (c) aposta no mercado como salvador, tornando o Estado uma empresa governada (indiretamente) por agentes econômicos (transnacionais); (d) a manutenção do capitalismo tal e qual se encontra atualmente conduziria a um recrudescimento das crises e mascaramento de desigualdades sociais em prol de uma suposta eficiência, afinada a padrões hegemônicos; (e) esfacelamento do homem-pessoa, perdendo de vista a Humanidade em meio à ideia de que o mercado regularia o mundo da vida (e o jurídico) como se fosse uma (nova) mão (in)visível.

Tais constatações servem como reflexão para os rumos que o mundo tem tomado ao desvalorizar valores éticos em detrimento de econômicos, e também denotam a obrigatoriedade de uma tomada de decisão. Conforme Gianetti (2012, p. 91 e 104), é preciso agir no presente tendo em vista o futuro. A ação intertemporal pressupõe uma antevisão (com a antecipação de consequências), uma estratégia (qual o caminho escolhido) e a implementação (a atuação propriamente).

No caso do presente trabalho, metaforicamente, a antevisão é o futuro obscuro caso essa conjuntura permaneça em vigor, mas a autonomia do Direito pode reverter a situação. A

estratégia dessa reversão é a aposta do direito como linguagem, fruto de construção histórica e que se concretiza na intersubjetividade. A implementação, por fim, é aqui defendida no dever ético do homem-pessoa e no papel das instituições sociais, abordada na figura do STF. A citação de Galbraith (2004, p. 84) é aqui pertinente: “[...] A chamada vida civilizada é uma grande torre branca que celebra as conquistas humanas, mas há em seu topo, permanentemente uma grande nuvem negra. É o progresso humano dominado por uma incrível crueldade e pela morte.”

Assim, tendo se buscado (des)mistificar a “realidade”, passa-se ao questionamento do plano judicial, em meio à construção da resposta correta envolvendo Direito e Economia, e posteriormente a uma abordagem hermenêutica de casos decididos do STF.

PARTE II – DO DIREITO À ECONOMIA: O CENÁRIO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE AGÊNCIAS REGULADORAS

Até então, pôde-se perceber que um dos sérios problemas, senão o maior, na relação entre Direito e Economia é o risco de funcionalização do primeiro pela segunda. Com base nas considerações tecidas na primeira parte da dissertação, importa verificar, *in loco*, como se dá o enfrentamento de dilemas, pelo Poder Judiciário, que conjuguem distintos interesses nas relações jurídico-econômicas.

Para tanto, é importante delimitar melhor as lentes com que se investiga esse fenômeno para, então, passar à abordagem empírica e aos critérios utilizados para a análise. Primeiramente, discute-se a tese da resposta correta, trazida por Ronald Dworkin, para, então, inter-relacioná-la com a Economia. Aparentemente, pode-se aventar a impossibilidade de utilização de tal matriz teórica para o enfrentamento do tema, especialmente considerando que o autor critica veementemente a AED. Porém, cabe frisar que o seu pensamento se direcionou à vertente radical (fundacional) de Richard Posner, considerando a eficiência como valor moral, o que foi, posteriormente, descartado pelo juiz norte-americano.

Nesse sentido, cabe discutir o enfoque que alia o Direito à Economia, sem extremismos, com vistas à busca de significados possíveis, e não de uma visão que se coloque como única e verdadeira, adaptada ao enfoque de agências reguladoras (capítulo 1). Após, é mister a elucidação dos critérios utilizados para a pesquisa e, por fim, a análise da fundamentação das decisões judiciais do STF (capítulo 2).

Registra-se, por oportuno, que o autor desta dissertação, neste momento histórico da pesquisa, não tem por escopo em se aprofundar pormenorizadamente sobre as agências reguladoras, mas sim averiguar a construção dos casos decididos pelo STF, se privilegiaram um posicionamento mais voltado à eficiência ou à proteção de direitos fundamentais.

1 ENTRE A VERDADE E A VEROSSIMILHANÇA: A RESPOSTA CORRETA EM DIREITO E ECONOMIA

1. 1 DELIMITANDO O CAMPO DE ATUAÇÃO: AS AGÊNCIAS REGULADORAS³⁰

O surgimento das agências reguladoras, no Brasil, é relativamente recente, datando da década de 90. Naquele período, assistia-se a um movimento de flexibilização de monopólios estatais e a abertura ao capital estrangeiro, em meio à criação de marcos protetivos do consumidor e de um sistema de defesa da livre concorrência. Somado a isso, um novo perfil do Estado brasileiro se arquitetava, haja vista a constatação de recursos insuficientes para galgar todos os investimentos necessários, conduzindo ao processo de deslocamento, para o setor privado, de um vasto rol de serviços públicos. Nessa onda de privatizações, o papel do Estado deixou de lado o protagonismo de execução para assumir funções de planejamento, regulação e, também, de fiscalização (BARROSO, 2002, p. 290 e 293).

Assim, foram introduzidas, no país, as agências reguladoras, espelhadas no modelo anglo-saxão, que conjugava a noção de especialização técnica de questões que o Estado não conseguiria tratar, por si só, juntamente com uma suposta neutralidade em assuntos políticos. Seu regime jurídico se deu sob a forma de autarquias especiais, com personalidade jurídica de direito público, e com autonomia político-administrativa e econômico-financeira. Além da roupagem autárquica e de independência, também passou a contar com um poder normativo fruto da discricionariedade técnica (DI PIETRO, 2007; ROCHA, 2005; SUNDFELD, 1996).

Além disso, inserem-se em um modelo de Administração Pública gerencial, em substituição ao modelo burocrático, transformação esta que foi elevada no plano constitucional pela Emenda de nº 19, de 1998, a qual incorporou o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal, juntamente com a legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (BRASIL, 1988). Ao todo, na esteira dessa conjuntura, foram criadas 11 agências reguladoras federais, com a atuação nas mais diversas áreas, desde telecomunicações, saúde, energia elétrica, até outras mais recentes, como mineração, criada em 2017.

De fato, ocupam um importante papel no cenário jurídico contemporâneo, especialmente considerando que sua produção normativa impacta sobremaneira o Direito no contexto da globalização (econômica). As agências reguladoras, tendo por base a leitura crítica da Parte I deste trabalho, não deixam de simbolizar “nós” da Sociedade em Rede, que

³⁰ Cabe mencionar que a presente dissertação não tem por escopo realizar um estudo aprofundado sobre o tema complexo de agências reguladoras, mas delimitar pontos importantes que dialoguem com o segundo capítulo.

exercem influência considerável sobre a população, de maneira geral, eis que seus atos regulamentadores atingem, a depender, toda a coletividade.

Assim, não deixam de ocupar um ponto de intersecção entre o Direito e a Economia, o que se pode dar mais para o sentido da “rede” de proteção de direitos fundamentais, de forma a fortalecê-la (tendo por mote a Constituição Federal, a autonomia do Direito e o respeito a garantias), ou para a direção da eficiência (e o problema reside justamente no risco do funcionalismo jurídico, quando seus atos normativos se afinam totalmente ao ideário neoliberal de mercado, solapando-se a autonomia do Direito). Evidentemente, esse movimento não se mostra excludente, uma vez que pode variar, a depender do caso concreto, de forma a romper alguns “nós” para criar outros.

Nesse contexto, há que se registrar que essa noção vem ao encontro das próprias características da Sociedade em Rede, aventadas anteriormente, sobretudo a noção de mutabilidade. Isso porque os atos normativos das agências reguladoras mudam, a depender da situação fática e do interesse ao qual se busca proteger. Nessa leitura, diante do impacto de sua atuação, podem vir a fortificar as redes protetivas de direitos fundamentais em diálogo com a eficiência, aliando Direito e Economia, ou, ao contrário, direcionar-se ao efficientismo, afinando-se, por outro lado, a conexões neoliberais e à lógica meramente de mercado.

No quadro abaixo, segue divisão didática com o nome da agência, a atividade exercida, bem como a fonte normativa de que emanou:

Quadro 3 – Agências reguladoras federais existentes no Brasil

Nome da agência	Atividade	Fonte normativa
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	Adotar as medidas necessárias com o objetivo de atendimento ao interesse público e o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras	Art. 21, XI da Constituição Federal (CF) e Lei 9.472/97
Agência Nacional do Petróleo (ANP)	Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas do	Art. 177, §2º, III, CF e Lei 9.478/97

	setor, tendo em conta as diretrizes preconizadas pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)	
Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)	Intervir no mercado, com vistas a um duplo equilíbrio: entre os agentes e entre estes e os consumidores	Lei 9.427/96
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)	Promover e proteger a saúde da população brasileira por meio do controle sanitário da produção e da comercialização tanto de produtos como de serviços que devam passar pela vigilância sanitária	Lei 9.782/99
Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	Promover o equilíbrio nas relações de saúde suplementar, que envolve operadoras de planos de saúde, hospitais, laboratórios, médicos, dentistas e consumidores	Art. 196, CF, Lei 9.921/2000 e art. 4º da Lei 8.080/90
Agência Nacional de Águas (ANA)	Regular o uso da água dos rios e lagos que sejam de domínio da União e implementar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos	Artigos 20, III e 26, I, CF e Lei 9.984/2000
Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)	Executar as políticas formuladas pelo Ministério e pelo Conselho Nacional de Integração de Política de	Lei 10.233/2001 e Lei 12.815/2013, regulamentada pelo Decreto 8.033/2013

	Transportes (CONIT) em seu âmbito de atuação; regular, fiscalizar e supervisionar atividades voltadas à prestação de serviços de transporte aquaviário	
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	Regular a exploração da infraestrutura rodoviária federal e ferroviária	Lei 10.233/2001, regulamentada pelo Decreto 4.130/2002
Agência Nacional do Cinema (ANCINE)	Fomentar (diretamente, por meio de apoio financeiro, ou indiretamente, por meio de renúncia fiscal), regular e fiscalizar as indústrias cinematográfica e videofonográfica	Medida Provisória 2.228-1/2001, Lei Rouanet (Lei 8.313/1991) e Lei do Audiovisual (Lei 8.685/1993).
Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)	Regular e fiscalizar as atividades de aviação civil, bem como toda a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária	Lei 11.182/2005
Agência Nacional de Mineração (ANM)	Promover a gestão, regulação e fiscalização dos recursos minerais da União	Medida Provisória 791/2017

Fonte: (adaptado de BENSOUSSAN e GOUVÊA, 2017, p. 315-319).

Além disso, é de se pontuar que tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 52, de 2013, conhecido como “Marco das agências reguladoras”, dispendo sobre sua gestão, organização e controle social. Da análise da justificção, depreende-se o objetivo de aperfeioar regras de funcionamento dessas autarquias, com a proposta de cinco “soluções inovadoras”, quais sejam: (1) composição dos colegiados decisórios por representantes do Ministério Público Federal, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, com mandato de dois anos, sem direito à recondução, e

sem direito a voto; (2) regulação do sistema de consulta pública das minutas e propostas de concessões; (3) prestação de contas e controle social, com a elaboração de relatório anual circunstanciado das atividades realizadas a ser publicizado; (4) regulamentação do contrato de gestão e desempenho da agência juntamente com o Ministério; (5) regulamentação da ouvidoria em cada agência reguladora; (6) instauração de regras de interação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio de cooperação e troca de experiências; (7) disposições finais e transitórias para harmonização com o regime jurídico geral (BRASIL, 2013).

A par desse panorama geral das agências reguladoras, é de se ater, mais especificamente, à característica de sua discricionariedade técnica, a qual resguarda ínsita relação com o poder normativo que lhes foi conferido. Este é, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos que envolve o tema, e é onde, também, reside grande parte das celeumas levadas ao Poder Judiciário. E mais: é igualmente um ponto de contato que permite enfrentar os limites e as possibilidades do diálogo entre o Direito e a Economia, com o sopesamento entre a eficiência e os direitos fundamentais envolvidos em tais relações jurídicas, razão pela qual se centra nesta questão a abordagem jurisprudencial da dissertação.

Para Grau (2005 p. 214), as palavras “discricionariedade” e “técnica” são antagônicas, levando à aceitação, pelo Poder Judiciário, de todas as decisões emanadas por tais autarquias, com exceção daquelas que se consubstanciarão em “erros manifestos”. Para outra parte da doutrina, pondera Rocha (2005) que, apesar de se tratar de dois conceitos antitéticos, é possível reunir a margem de escolha (decorrente da discricionariedade) com regras objetivamente válidas (advinda da tecnicidade), valorizando o grau de especialização das funções. Assinala a autora, também, que a discricionariedade técnica pode ser entendida enquanto norteadora da prática de ato administrativo em que há margem de escolha juntamente com juízo de conveniência e oportunidade, além do que pode ser verificada como balizadora da competência normativa sedimentada em alta base técnica.

De outra banda, Barroso (2002, p. 308) traz uma advertência importante quanto ao ponto, aduzindo ser necessário o respeito ao princípio da legalidade:

A grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras, portanto, diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa interação - ainda não totalmente equacionada - entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização entendida como a retirada.

pelo próprio legislador. de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências.

Segundo o autor (2002, p. 306-307), em se tratando da legalidade, é preciso distinguir, ainda, a reserva legal absoluta da relativa. A primeira se dá quando compete ao legislador esgotar a disciplina da matéria normativa, sem abrir espaço para atuações discricionárias por parte dos agentes públicos responsáveis por sua aplicação. A segunda, por outro lado, admite uma atuação relativamente subjetiva, por parte do aplicador da norma, quando de sua incidência.

Nesse aspecto, coaduna-se com essa ideia a imperatividade de se respeitarem os princípios da vinculação à lei e da submissão do regulamento à lei, como sinaliza Dutra (2003, p.89-103). De acordo com ele, a provisão legal que determina a expedição de normas regulamentares, atribuída a órgãos administrativos, não se revela fonte de competência hábil a possibilitar a edição arbitrária de tais normas. Ora, se a fonte é a lei, só é possível a atuação nos limites impostos ao seu exercício. É insuficiente, assim, um mero permissivo legal que autorize as agências reguladoras a normatizar consoante critérios fixados por elas próprias. De fato, não há poder reflexo que lhes tenha sido assim conferido, uma vez que não se configuram como “legislador supletivo”.

De mais a mais, cabe pontuar que os atos infralegais editados pelas agências reguladoras, em geral sob a forma de resoluções, enquadram-se no conceito de normas secundárias, e não primárias, posto que não têm o condão de inovar na ordem jurídica, mas sim desenvolver uma dada questão legal mais pormenorizadamente, atentando-se ao seu caráter técnico. Apesar disso, na prática, a atuação pode acabar desbordando dos limites dessa atuação técnica, invadindo na função típica legislativa, pertencente ao Poder Legislativo.

Em termos juseconômicos, considerando os impactos tanto de leis que disciplinam genericamente a atuação de tais agências, bem como de resoluções propriamente, são notáveis os efeitos que acarretam em toda a população brasileira, em maior ou menor medida, uma vez que os serviços públicos que por elas são regulados e fiscalizados dizem respeito a direitos e garantias fundamentais que podem ser violados em prol de vetores como a eficiência.

Com vistas à desjudicialização, inclusive, a ministra Carmen Lúcia, na condição de presidente do Supremo Tribunal Federal, reuniu representantes das agências reguladoras ainda em 2016, oportunidade em que se discutiram alternativas para uma melhor resolutividade dos conflitos, sendo a conciliação uma das situações apontadas (STF, 2016).

Tendo em vista esse panorama, e o recorte da “moldura” do tema proposto, aborda-se a matriz teórica dworkiniana, base da pesquisa, e, logo a seguir, investigam-se as decisões judiciais sobre a temática.

1.2 A MATRIZ DWORKINIANA DA RESPOSTA CORRETA

A construção de uma resposta correta em Direito e Economia requer o enfrentamento de algumas questões: (a) o significado que uma dada decisão carrega em um contexto e seus reflexos na comunidade jurídica, e (b) se ela está em conformidade ou não com a ordem constitucional vigente. Tais pontos são fundamentais para a compreensão deste texto, que serão tratados nas linhas que seguem, com vistas a sedimentar o suporte para o próximo capítulo.

Em relação à letra (a), parte-se do pressuposto de que uma sentença, um acórdão são todas decisões históricas. Isso significa que, enquanto Direito aplicado a um caso concreto, são transformadas em forma de texto, o qual deve levar em consideração as particularidades de uma dada situação fática. O julgador, valendo-se do aporte do direito processual de que dispõe naquele momento, parte em busca da verdade real, aquilo que “de fato aconteceu”, muito embora, ao fim e ao cabo, encontra uma verdade processual, uma “verdade do processo”.

Esse descompasso, criado pelo sistema, reflete um cenário de crises, discutido na primeira parte desta dissertação, em que pese a utilização de convenções linguísticas utilizadas pelo jurista na tentativa de reificar o mundo (WARAT, 1987). A verdade é uma dessas convenções, traduzindo-se em forma jurídica. Em outras palavras, se um caso foi decidido de uma maneira e não de outra, isso não leva à conclusão de que aquele veredicto deva ser sempre e incontestavelmente seguido, mas sim que ele vigora para aquele dado período, podendo ser alterado, futuramente, sobrevindo circunstâncias históricas outras que exigem um tratamento diferente para uma situação diversa.

Aplica-se, de mais a mais, o que Warat (1987, p. 58) chamou de “princípio da intertextualidade”, isto é, o texto deve ser interpretado em conformidade com a sua história. Importa ao intérprete descobrir o seu sentido, o seu significado, e isso se dá, como bem pontua Silva (2002, p. 5), pela verossimilhança, por uma “verdade possível”, mas não única:

A suposição de que a lei tenha uma "vontade" suprime a Hermenêutica, no pressuposto de que a missão do julgador seja apenas a descoberta dessa "vontade", para proclamá-la na sentença, como se a norma tivesse sempre o "sentido" que lhe atribuíra o legislador, mesmo que as circunstâncias históricas e os padrões de moralidade sejam outros, inteiramente diversos daqueles existentes ao tempo da edição da lei.

Caso essa lei, prossegue o referido autor (2002, p.9), possuísse um sentido unívoco, perfeito e acabado, estar-se-ia diante de um poder despótico e autoritário de sua vontade. Ora, o Direito, como bem se sabe, é um fenômeno histórico, um “constituto que se constitui” (CASTANHEIRA NEVES, 1999), como produto da cultura. O real, assim, só é “real” quando se vive em “cada agora”, pontua Heidegger (2015, p. 464-465), ao passo que logo já é passado.

Ao trazer para o plano das agências reguladoras e a doutrina do Direito Econômico Administrativo que lhe dá suporte, é possível formular duas premissas: (1) as decisões tomadas pelos dirigentes dessas pessoas jurídicas se situam em um dado contexto, que os levou a adotar tal posicionamento e a rejeitar outros tantos (considerando que isso se deu com lisura, sem corrupção...); (2) o controle posterior exercido pelo Poder Judiciário poderá sustar atos que exorbitem o poder normativo que lhes foi conferido, declarar a inconstitucionalidade de um dado regulamento ou de uma lei (em sentido primário) que funcione como um marco regulatório para um setor. De pronto, chama-se a atenção para o fato de que não há apenas uma solução disponível no mundo das ideias e que deve ser, impreterivelmente, atingida por todos os seres humanos, mas caminhos possíveis que podem levar, com satisfação, ao resultado esperado.

Todas essas deliberações, por sua vez, podem ser entendidas a partir da perspectiva teórica de Dworkin (2014 e 2001) da resposta correta, da coerência e integridade do Direito. Segundo o autor, adepto da escola norte-americana do jurisprudencialismo, a jurisdição não deixa de ser uma conformação do sentido de uma regra que valha para toda a coletividade. O problema do Direito, nesse passo, reside na “adjudicação”, ideia distributiva que visa a “dar o direito a cada um”. Assim, compete ao juiz justamente esse papel de correção, de buscar aplicar o Direito aos casos concretos, os quais podem ser fáceis ou difíceis.

Os primeiros, também chamados de *easy cases*, são aqueles em que a resposta já está contida na legislação, razão pela qual se resolvem pela subsunção da norma ao fato. Os *hard cases*, por outro lado, são aqueles cuja resposta não é pré-dada, em vista de lacunas na lei (os legisladores não são oniscientes). Mas como decidir um caso difícil? Segundo Dworkin (2002, p. 136),

os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo. As restrições institucionais que eles intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão. Precisamos, portanto, de uma explicação da interação da moralidade pessoal e da moralidade institucional que seja menos metafórica, e explique essa interação constante de maneira mais satisfatória.

O critério adotado, conforme o autor (2014), sedimenta-se nos princípios, e nunca na subjetividade do intérprete. De fato, a melhor interpretação deve ser construída, com base em um conjunto dos critérios que a cultura jurídica os adotou como sendo jurídicos. Não se trata de uma invenção, e tampouco de uma aplicação cega da lei, mas de uma decisão que se afine a precedentes.

Dworkin (2014) considera a resposta correta, nesse contexto, como sendo uma atividade construtiva de compreensão, com vistas a edificar um sentido novo, mas que, ao mesmo tempo, mantenha-se fiel ao texto. E tal atitude interpretativa é filosófica, não um simples método, vez que tem por objetivo a integridade na prática. Em outras palavras, todo e qualquer juiz, diante de um caso difícil, busca a melhor solução possível, o que requer um diálogo com o texto normativo para fins de chegar a um entendimento que expresse o seu sentido, e não uma mera intenção subjetiva de sua percepção.

A reconstrução do direito, segundo Dworkin (2014), perpassa pelo princípio da justiça democrática, e se assenta em um modelo metódico ideal, centrado na figura do juiz Hércules, intrépido em buscar a resposta correta. Esse magistrado entende o seu papel, volta-se ao passado, às memórias de outras decisões judiciais e ao histórico legislativo, cotejando-as com o momento presente, com vistas a dar uma solução prospectiva. Os princípios, assim, são vistos não como elementos abstratos, mas como aqueles utilizados para encontrar normas não estatuídas legislativamente.

Isso tudo não deixa de evidenciar um “capítulo” que integra um “grande romance em cadeia”, consoante a leitura de Dworkin (2014, p. 271-278), que aqui se propõe. A metáfora do romance sugere que cada romancista (os vários juristas imersos na comunidade jurídica) devem se voltar aos capítulos precedentes (à tradição posta, à historicidade) com o fim de escrever um novo capítulo de forma adequada e com a análise de todas as interpretações possíveis. Isto é, de acordo com o significado e a verossimilhança.

Nessa esteira, o Direito é visto como integridade, de modo que não pode viver apenas no passado, em uma postura convencionalista, nem somente no futuro, segundo o pragmatismo jurídico, mas conjugar tanto elementos de um como de outro, e trazê-los ao momento presente (o aqui e agora em que se vive). O trabalho do intérprete, nessa linha de raciocínio, não pressupõe inventar Direito, mas produzir acréscimos na tradição em que se insere, com vistas à melhor perspectiva possível de que dispõe naquele momento. Repisa-se o ponto crítico em que se situa o consequencialismo da AED positiva, o qual projeta sua visão somente para o futuro, mesmo que em ruptura com a tradição e a historicidade, vertente esta que não se pode

aceitar. As consequências precisam ser sopesadas, mas não pura e simplesmente em detrimento da ordem vigente.

Esse panorama leva à discussão sobre a letra (b), proposta no início deste subcapítulo, na medida em que não se pode perder de vista a Constituição Federal. Para Dworkin (2000), o julgamento é uma questão de princípio antes mesmo que de política, criticando a visão cética daqueles que acreditam existirem tantas respostas distintas para uma questão de Direito, de forma totalmente discricionária, como se ao juiz fosse dada uma “permissão” para decidir como quisesse, reduzindo-se a binômios excludentes como lícito-ilícito, válido-inválido, certo-errado, quando a solução pode não estar em nenhum dos dois, mas em um terceiro (ou quarto...) elemento não trabalhado na fundamentação. A resposta correta, assim, requer um enfrentamento, por parte do jurista, dos capítulos precedentes da história, de forma coerente e íntegra, privilegiando os princípios.

Ao buscar conformar a teoria dworkiniana à realidade brasileira, Streck (2015, p. 29 e 73) critica a arbitrariedade e a discricionariedade em um mesmo patamar, considerando-as como posturas decisionistas e voluntaristas. Além disso, aduz que a “resposta correta” é aquela constitucionalmente adequada, que se revela na *applicatio*, no caso concreto, e não *a priori* (STRECK, 2014a, p. 439-430):

Com feito, há sempre um significado do texto (e texto é sempre um evento) que não advém tão somente do ‘próprio texto’, mas, sim, de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição. O grau de exigência de fundamentação/justificação da interpretação alcançada aumentará na medida em que essa significação atribuída ao texto se afasta dos “aspectos linguísticos”. Trata-se de convencimento e de estabelecer amplas possibilidades de controle da decisão. Esse é o espaço para a resposta correta (adequada à Constituição). Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão! (p. 429-430)

A contrário *sensu*, Baptista Silva (2009, p. 26) critica a tese da “resposta correta”:

Pode-se indagar: essa resposta “certa” está no campo abrangido pela lei, ou, ao contrário, seria uma construção concebida pelo intérprete? Se aceitarmos a primeira alternativa, qual seja, a conclusão de que a norma aplicada pelo juiz somente admite uma resposta “certa”, estaremos retornando a Savigny e a Escola da Exegese, quando não de regresso ao direito natural racional do século XVIII. Se, ao contrário, admitirmos que a “única” solução “certa” fora construída pelo intérprete, então estaríamos conferindo-lhe uma faculdade indiscutivelmente discricionária (p. 26)

Ocorre que, diferentemente de Streck (2014a), Baptista da Silva (2009, p. 38) faz uma diferenciação sobre a discricionariedade e a arbitrariedade do juiz, uma vez que considera a

primeira enquanto “margem de discricão” sujeita aos princípios da razoabilidade, sem que haja a ultrapassagem do campo da juridicidade, razão pela qual conclui que a resposta correta, enquanto única e verdadeira, não existe. Dentro dessa controvérsia, Baptista da Silva (2009, p. 49) assinala que o Poder Judiciário tem sido chamado a responder a questionamentos que deveriam ser solucionados originariamente no âmbito administrativo, tendo em vista uma crise do sistema democrático representativo, além do que ele próprio legisla através de conceitos indeterminados (por meio de súmulas vinculantes, por exemplo) que são “concretizados” quando do julgamento jurisdicional.

Contudo, cada caso resguarda suas especificidades, de modo que o “Direito posto”, parafraseando Grau (2005), nunca conterà todas as respostas prontas, o que leva o intérprete à tarefa de construí-la valendo-se das ferramentas de que possui. Streck (2006, p. 212-213), assim, salienta a importância de se lidar com o mundo prático, a partir da noção de não-cisão entre as atitudes de conhecer, interpretar a aplicar, e que os princípios, nesse sentido, funcionam como uma “blindagem contra a ‘livre atribuição de sentidos’”. Evidentemente, a resposta correta não é “única”, mas sim “a resposta”. Em palavras do autor (2006, p. 213):

Na medida em que o caso concreto é irrepitível, a resposta é, simplesmente, uma (correta ou não) para aquele caso. A única resposta acarretaria uma totalidade, *em que aquilo que sempre fica de fora de nossa compreensão seria eliminado*. O que sobre, o não dito, o ainda-não-compreendido, é que pode gerar, na próxima resposta a um caso idêntico, uma resposta diferente da anterior. Portanto, não será a única resposta; será, sim, “a” resposta. A única resposta correta é, pois, um paradoxo: trata-se de uma impossibilidade hermenêutica e, ao mesmo tempo, uma redundância, pois a única resposta acarretaria o sequestro da diferença e do tempo [...]. E é assim porque é conteudística, exurgindo do mundo prático. Ou seja, a resposta correta só pode ocorrer levando em conta a conteudística.

Portanto, percebe-se que, a despeito de os autores se reportarem à questão de forma antagônica, na essência, ambos defendem a ideia de que a resposta não se dá de forma unívoca, mas alicerçada em possibilidades que respeitem a Constituição Federal. Ainda que a tese da “resposta correta” tenha sido utilizada para questões jurídicas, nada impede sua aplicação na averiguação de problemas que envolvam juntamente a Economia (até porque não deixam de ser jurídicas...).

Por conseguinte, tem-se que o limite é a Constituição Federal, em especial no Título VII, que versa sobre a ordem econômica, como o próprio Direito Econômico que, nessa dissertação, resguarda aproximação com a autonomia do Direito. Mas e a AED, poderia ser utilizada em uma decisão judicial e ela ser considerada uma “resposta correta” ou, em qualquer caso, deve ser rejeitada?

A questão não é tão simples, o que, inclusive, motivou o presente estudo. Isso porque, conforme já se mencionou, as bases desse movimento são bastante fragmentadas, além do fato de que as críticas tecidas por Dworkin e Posner se deram quando a teoria deste estava em seu primeiro estágio de formação, enquanto visão fundacional da AED normativa, ocasião em que considerava a riqueza como um valor, e que a sua maximização deveria ser alcançada a todo e qualquer custo, o que, sem dúvida, é insustentável.

Salienta-se que, na literatura, Mayer (2010) também se dedicou a esta questão, refletindo que os dois autores teciam críticas, uns aos outros, em níveis diversos, razão pela qual não se poderia falar em um puro antagonismo de suas ideias. A “resposta correta” de Dworkin se consubstanciaria em princípios, enquanto que a AED de Posner focalizava na eficiência, partindo do pressuposto de que o desperdício deve ser evitado e que o mundo é escasso.

Ocorre que, pensando nessa ordem de ideias, concorda-se com Mayer (2010) que a AED não é de todo inconciliável com a integridade do Direito. Em outras palavras, o justo, buscado pelo Direito, não se antepõe ao eficiente, preconizado pela Economia. Por conseguinte, o justo-certo pode ser encontrado com a utilização de elementos desta última, o que já se mencionou na primeira parte do trabalho. Evidentemente, isso não se aplica a toda e qualquer decisão, ao alvedrio, mas sim deve ser verificado na situação concreta, se ela permite ou não a adoção da metodologia da AED. Segundo a autora (2010), “[c]om a humildade de quem nunca será um Hércules, o aplicador do Direito deve ter consciência de quando a AED pode ser aplicada, quando sua aplicação pode ser desastrosa e quando ela pode agregar qualidade a uma decisão”.

É notável, portanto, que essa constatação se dará na problematidade do caso concreto (BAPTISTA DA SILVA, 2009 e CASTANHEIRA NEVES, 1999). Até há alguns anos, o STF rejeitava, expressamente, a utilização de elementos econômicos na fundamentação de suas decisões, privilegiando questões de princípio e de integridade. Pode-se dizer que, no ano de 2006, duas ações diretas de inconstitucionalidade são consideradas como marco histórico em embates entre a AED e o método jurídico tradicional, quais sejam, a ADI nº 2591 e a ADI nº 3512 (MAYER, 2010).

A primeira delas trata da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) para atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, em que a Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif) ajuizou a ação do controle concentrado com o objetivo de declaração da inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 3º do CDC. Na ocasião, os ministros, por unanimidade, decidiram ser perfeitamente constitucional a aplicação do microsistema consumerista para relações jurídicas envolvendo bancos (STF, 2006b).

A segunda ação, por seu turno, diz respeito à lei 7.735, de 2004, estado do Espírito Santo, que havia conferido benefício de meia entrada em locais públicos de cultura, esporte e lazer dirigidos por órgãos e entidades da administração direta e indireta, e que foi considerada igualmente constitucional pela Corte (STF, 2006a).

Por outro lado, quando se está diante de questões envolvendo Suspensão de Segurança, as decisões baseadas em coerência e integridade são deixadas de lado para se basear, não raras vezes, em critérios puramente econômicos – uma análise econômica, sem o Direito (MAYER, 2010). De forma um tanto semelhante, mas com fundamento na AED, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2017, nos autos do agravo interno da suspensão de liminar e de sentença de nº 2.240, decidiu valendo-se da “Doutrina *Chenery*”, fazendo remissão expressa a Richard Posner (BRASIL, 2017a).

Na oportunidade, foi ajuizada ação popular com o fito de suspender o aumento de tarifas do metrô, trens e ônibus municipais em terminais metropolitanos da Grande São Paulo, a partir da data de 8 de janeiro de 2017. Os fundamentos utilizados pelo juiz de primeiro grau se basearam na injustiça do valor cobrado, por ser mais benéfico para quem reside em locais centrais, mas mais gravoso para aqueles que habitam lugares mais distantes, e também no argumento de que a nova política tarifária estaria alicerçada em suposta motivação política.

O incidente suspensivo foi proposto com o escopo de tutelar a ordem, a economia, a segurança e a saúde pública, mas sem adentrar no mérito da isonomia ou discriminação do aumento da tarifa. A ministra relatora, Laurita Vaz, entendeu haver grave lesão à ordem pública, e sua fundamentação sedimentou-se na doutrina de Posner, conforme denota o trecho a seguir (BRASIL, 2017a, p. 3):

Eventual intento político da medida não poderia ensejar a invalidação dos critérios tarifários adotados, *tout court*. Conforme leciona Richard A. Posner, o Poder Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina *Chenery* – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

Tal passagem é ilustrativa da interdisciplinaridade entre Direito e Economia que tem chegado aos Tribunais, especialmente nas Cortes do STF e do STJ, nos últimos anos, e que apontam para novos rumos no ato de decidir. Ao mesmo tempo em que se assiste a uma tímida utilização de suportes doutrinários típicos da AED, não se pode deixar de evidenciar o movimento do Direito em direção à Economia, que reflete a busca de atores jurídicos em se apropriar de conceitos econômicos com vistas a uma fundamentação que dialogue com outros campos do saber.

Um outro e recente exemplo é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conhecida como LINDB, que sofreu alterações em abril de 2018. Em seu art. 20, consta expressamente que, tanto nas esferas administrativa, como na controladora e na judicial, não se pode decidir de acordo com valores abstratos, sem que sejam consideradas as “consequências práticas da decisão” (BRASIL, 2018a). Da análise do projeto de lei do Senado Federal de nº 349, proposto ainda em 2015, elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, percebe-se que, dentre as justificativas que levaram às alterações, está a instauração de “novas balizas interpretativas, processuais e de controle” com vistas a (a) elevar o nível de segurança jurídica e (b) aumentar a eficiência na criação e na aplicação do direito público (BRASIL, 2015a).

Ora, essas modificações se coadunam com a preocupação em se prestigiarem novos vetores no contexto do Direito, que podem dialogar com a AED positiva, com potencial de funcionar como ferramenta útil ao jurista, contanto que haja o sopesamento de normas constitucionais e o resguardo à autonomia do Direito. Como já se mencionou na primeira parte, o justo nem sempre é eficiente, de modo que o arcabouço principiológico não deixa de funcionar como um freio e um contrapeso na balança juseconômica.

Ainda, não se pode deixar de sinalizar que um ponto de entrave, nessa trajetória, reside no fato de que a formação jurídica, em geral, pouco se apropria de elementos econômicos, e vice-versa, gerando um hiato nessa inter-relação. O resultado leva a uma polarização entre o conhecimento do jurista, essencialmente atrelado na matriz principiológica, em exclusão do conhecimento do economista, que defende ser a eficiência a melhor saída. Contudo, enquanto houver essa dicotomia ferrenha, não se está a fazer, propriamente, interdisciplinaridade. Requer-se, isso sim, uma postura de humildade para com esse processo de apropriação do econômico pelo jurídico, e do jurídico pelo econômico, como se procura mostrar nesta dissertação. Ainda, como a hermenêutica bem pontua, está-se diante de uma arte de (des)velamento, cujo ato de “tirar” e “colocar” o véu não é nada linear, mas sim se dá entre avanços e retrocessos. De todo modo, uma saída possível é visualizar a construção das relações

jurídico-econômicas a partir do homem-pessoa e de sua dignidade, o que ajuda a separar, de antemão, o “joio” típico de ideias radicais do “trigo” que possa ser aproveitado.

Por fim, a partir dessas considerações e tendo como escopo a resposta para o problema desta pesquisa, questiona-se: como preservar a autonomia do Direito? A solução está na aplicação da Constituição. Assim, tomam-se alguns postulados que podem servir de norte ao diálogo entre Direito e Economia com vistas ao encontro da “resposta correta” no caso concreto.

- (1) Não há uma única resposta correta envolvendo Direito e Economia. A solução a ser buscada pelo julgador deve se coadunar com a problematidade do caso concreto e com a ordem constitucional vigente;
- (2) Limites para a aplicação da AED positiva: o raciocínio consequencial não pode ser aplicado quando viola cláusulas pétreas, sob pena de ser antijurídico, tampouco em uma visão cega *pro futuro*, em desprestígio à tradição e à historicidade;
- (3) Limites para a aplicação da AED normativa: a eficiência deve ser pensada como um dos valores constitucionais, mas não o único. O art. 37 da CF, em interpretação teleológica, pode servir de baliza para o enfrentamento de situações que visem a conjugar distintos interesses em jogo no âmbito do Direito, tanto público, como privado, haja vista o fenômeno da publicização e constitucionalização deste último.

Assim, passa-se ao estudo das decisões judiciais do STF em matéria de agências reguladoras.

2 STF NO ESPELHO: UM ESPECTRO DE DECISÕES ENVOLVENDO DILEMAS ENTRE DIREITO E ECONOMIA EM MATÉRIA DE AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA A PESQUISA

A presente investigação objetiva averiguar o tratamento jurisprudencial do STF acerca da matéria de agências reguladoras, especificamente no que toca à fundamentação das decisões judiciais. A justificativa para o recorte proposto reside no fato de que o tema apresenta inúmeros pontos de intersecção entre Direito e Economia, levando em consideração, especialmente, a questão do poder normativo conferido a essas autarquias especiais, em atendimento à discricionariedade técnica, o que abre um campo de discussão acerca dos limites e das potencialidades de sua atuação dentro da ordem econômica constitucional, e riscos de violação a possíveis direitos fundamentais.

Também, trata-se de um assunto que surge no contexto de crises do Estado e da jurisdição, em meio à globalização econômica, sobretudo no que toca à flexibilização e à privatização de serviços públicos que, a despeito de continuarem apresentando a titularidade pública, passam a ser delegados à iniciativa privada, sob o manto da tecnicidade e da neutralidade. Nesse contexto, abrem-se espaços para possíveis conflitos envolvendo o Direito Econômico e a Análise Econômica do Direito, e de que forma os ministros da Suprema Corte têm se posicionado.

Quanto às dificuldades encontradas, salienta-se a inexistência de literatura solidificada sobre critérios norteadores para análise da fundamentação de decisões judiciais, ainda mais em temas que atravessam essas duas áreas, tratadas durante muito tempo como apartadas³¹. Ainda, registra-se que o investigador parte do lugar de fala do Direito, tendo buscado se apropriar de conceitos econômicos para possibilitar o diálogo interdisciplinar. No mais, frisa-se que este trabalho se encontra em etapa inicial, dado o interesse futuro em continuar a pesquisa. Não se tem por intuito analisar pormenorizadamente todos os critérios das decisões selecionadas, haja vista que algumas delas possuem robusto volume e potencializam distintas avaliações sob

³¹ Exemplifica-se a pesquisa de professores da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre Direito Econômico Regulatório, os quais também abordam o tema de agências regulatórias, mas sob perspectiva diferente da proposta nesta dissertação. Ainda, em tal estudo, foi realizada análise de jurisprudências sobre o controle judicial de atos das agências reguladoras mais voltada ao Direito Regulatório em si (SCHAPIRO, 2010).

ângulos diversos, sem contar a complexidade do tema que envolve a matéria de agências reguladoras.

Para tanto, inseriu-se, no buscador de “pesquisa livre” de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a expressão “agências reguladoras”. Nessa técnica de coleta de decisões, tem-se em mente a seleção de julgados relevantes e atuais, centrando-se, de modo especial, em aspectos da fundamentação atrelados à interdisciplinaridade entre Direito e Economia.

Os critérios de inclusão adotados foram os seguintes: (1) julgados findos (com decisão definitiva), (2) com a publicação do inteiro teor do acórdão, e (3) que tratem especificamente sobre o poder normativo das agências reguladoras. Ao revés, os critérios de exclusão foram (1) julgados pendentes de julgamento, (2) sem a publicação do inteiro teor do acórdão, (3) que tratem sobre temas diversos, mesmo que selecionados *a priori* pelo buscador. Ao todo, foram encontrados 14 resultados, mas que, na verdade, perfectibilizam-se em 13 acórdãos (um foi repetido). Em ordem cronológica: ADI 1949 MC/RS (1999), ADI 4568/DF (2011), ARE 766799 AgR/RJ (2013), ADI 5028/DF (2014), ADI 4947/DF (2014), ADI 4965/PB (2014), ADI 4954 /AC (2014), ADI 1949/RS (2014), ADI 4093/SP (2014), ARE 834700 AgR/DF (2015), ADC 23 AgR/DF (2015), RE 914400 AgR/RS (2016) (acórdão repetido), e ADI 4923/DF (2017).

Porém, considerando os critérios de seleção, foram excluídos 9 acórdãos, pelas seguintes razões: A ADI 1949 MC/RS (1999) se referia à nomeação de dirigente de agências reguladoras; a ADI 4568/DF (2011) versava sobre suposta inconstitucionalidade de decreto que regulamentava o salário mínimo; o ARE 766799 AgR/RJ (2013) dizia respeito à função fiscalizatória das agências reguladoras, com a imposição de multas e impossibilidade de rediscussão de matéria fático-probatória; as ADIs 5028/DF (2014), ADI 4947/DF (2014) e ADI 4965/PB (2014) tratavam de temas de direito (constitucional) eleitoral; a ADI 1949/RS (2014) tinha como tema a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras; a ARE 834700 AgR/DF (2015) e o RE 914400 AgR/RS (2016) discutiam questões envolvendo sindicato de servidores em agências reguladoras. Assim, restaram 4 julgados, por se tratarem da matéria de agências reguladoras e, especificamente, do poder normativo que lhes foi conferido: São eles: ADI 4954 /AC (2014), ADI 4093/SP (2014), ADC 23 AgR/DF (2015) e ADI 4923/DF (2017).

Dando continuidade, é de se notar que a decisão judicial é aqui considerada, em palavras de Didier Jr. (sem data, p. 2), como um “ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.” A garantia da motivação de uma decisão judicial

caracteriza-se como direito fundamental do jurisdicionado, elevado à categoria constitucional, conforme art. 93, IX (BRASIL, 1988), sob pena de nulidade para aquela que for desmotivada.

Conforme Didier Jr. (sem data, p. 5), ela apresenta duas funções, uma de ordem endoprocessual e outra exoprocessual ou extraprocessual. Em relação à primeira, possibilitam que as partes tenham o conhecimento de que as razões que o levaram à tomada da decisão foram devidamente apuradas, o que permite, em caso negativo, o manejo de recursos a instâncias superiores enquanto mecanismo de controle. Sobre a segunda, descortina-se a potencialidade de controle do *decisum* pela via difusa da democracia participativa, a ser exercida pelo povo.

No Código de Processo Civil, em seu art. 489, constam três elementos de uma sentença (ou acórdão), quais sejam, relatório, fundamentação e dispositivo. Aquele entabula questões formais, como a identificação das partes e do caso, bem como o pedido e o trâmite legal processual, enquanto que a fundamentação se divide em questões de fato e de direito, e o último resolve as questões principais propostas (BRASIL, 2015b). Tendo em vista essas ideias, tem-se que o dispositivo serviu de norte para a elaboração dos critérios da presente pesquisa, desdobrando-se em perguntas-guia para a averiguação da fundamentação, com exceção das questões de fato, uma vez que o STF não analisa matéria fático-probatória.

De mais a mais, busca-se observar se as decisões judiciais analisadas possuem menção expressa à eficiência, à AED, ao Direito Econômico e a direitos fundamentais, e de que forma isso foi trabalhado nos votos dos ministros, se houve alguma matriz teórica de base (um autor principal que tenha influenciado a tomada da decisão) e, ainda, se há um “vetor de fundamentação” no contexto do poder normativo das agências reguladoras. Essa expressão é do próprio autor, e tem como ponto de partida o enfrentamento da decisão judicial como (1) fonte de eficiência ou (2) fonte de proteção de direitos fundamentais³². A par dessas premissas, formulou-se o seguinte quadro:

Quadro 4 – Perguntas-guia para a análise da fundamentação das decisões judiciais do STF

³² A noção de fonte de eficiência e de fonte de proteção de direitos fundamentais foi sugerida, quando da qualificação do projeto de dissertação, pela professora Dr^a Jânia Maria Lopes Saldanha, a quem agradeço pela contribuição. Isso levou o autor a considerá-las como possíveis vetores da fundamentação no posicionamento dos ministros frente ao tema.

Relatório	1 - Identificação das partes, do caso, pedido e principais intercorrências
Fundamentação (votos dos ministros)	2.1 - De que forma se deu o enfrentamento do poder normativo das agências reguladoras?
	2.2 - Quais foram os autores utilizados para o enfrentamento das teses?
	2.3 - Existe menção à palavra eficiência no julgado? Em caso afirmativo, quantas vezes?
	2.4 - Existe menção à Análise Econômica do Direito no julgado? Em que sentido?
	2.5 - Existe menção a Direito (Administrativo) Econômico no julgado?
	2.6 - É possível afirmar que há um vetor de fundamentação no julgado?
	2.7 - A decisão pode ser considerada como (1) fonte de eficiência ou (2) fonte de proteção de direitos fundamentais?
Dispositivo	3 - Questões principais resolvidas

Fonte: (próprio autor).

Por último, cabe referir que, em 1º de fevereiro de 2018, foi julgada pelo Plenário do STF a ADI 4874/DF (Informativo nº 889), de relatoria da ministra Rosa Weber, que também versava sobre o poder normativo das agências reguladoras, tratando sobre possível inconstitucionalidade de atos normativos editados pela Anvisa, ao proibir a comercialização de cigarros com sabor e aroma. Como o julgado não foi publicado até então, não é possível fazer sua abordagem juntamente com as demais decisões.

Porém, tendo como parâmetro o informativo nº 889 do STF, tem-se que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou ADI, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos incisos III e XV do art. 7º da Lei nº 9.782/99 e, por arrastamento, da Resolução 14/2012, a qual proíbe a comercialização de cigarros com aroma e sabor. Ao fim e ao cabo, a Corte julgou improcedente a ADI, declarando que os referidos incisos são constitucionais, o que se deu pelo voto de nove ministros.

Quanto à RDC 14/2012, contudo, aconteceu uma situação inusitada. O julgamento também foi de improcedência, mas cinco ministros se posicionaram pela constitucionalidade da resolução, enquanto que outros cinco entenderam por sua inconstitucionalidade, e um se julgou suspeito e não votou. Diante do empate, a norma permaneceu válida, em função da presunção de legitimidade das leis e dos atos normativos. Logo, essa parte do dispositivo não possui eficácia *erga omnes* nem efeito vinculante (BRASIL, 2018b), deixando que o juízo *a quo* e também os tribunais façam um juízo de (in)constitucionalidade no caso concreto, e liberem ou não a comercialização do produto em questão.

2.2 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL PELO STF

O primeiro caso objeto de análise é a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.954/Acre, julgada em 20 de agosto de 2014, e pode ser considerado um *leading case* em matéria de agências reguladoras no âmbito do STF. Quanto ao relatório (1), tem-se que o requerente é o Procurador-Geral da República, e o intimado é a Assembleia Legislativa do Estado do Acre (optou-se por não se utilizar aqui a palavra partes, uma vez que se está diante de processo objetivo). Intervieram como *amicus curiae* a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), a Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias (ABRAFARMA) e a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico (ABCFARMA) (BRASIL, 2014b).

Ao ajuizar a ação, o Procurador-Geral da República buscou a declaração de inconstitucionalidade (com requerimento de medida cautelar), da Lei nº 2.149, de 2009, do Estado do Acre, a qual disciplinou o comércio (varejista) de artigos de conveniência nas farmácias e drogarias. Todos os dispositivos foram impugnados (quatro artigos), os quais tratavam da autorização de comercialização, elencando um rol dos produtos, desde leite em pó até filmes fotográficos, bem como da obediência a algumas providências. Na oportunidade, foram ventilados vícios formais (suposta usurpação de competência da União para legislar a respeito de normas gerais de proteção e defesa da saúde) e materiais (violação ao direito à saúde, citando-se os artigos 6º e 196 da Constituição Federal).

Também foi mencionada a Lei nº 9.782, de 1999, a qual conferiu à Anvisa a atribuição para fins de normatizar, controlar e fiscalizar tanto produtos, substâncias bem como serviços de interesse para a saúde, além de autorizar o funcionamento das farmácias e drogarias. Ainda, tem-se a Resolução nº 328, de 1999, também da agência reguladora, com a modificação da redação dada pela Resolução nº 173, de 2003, em que constava proibição

expressa de venda de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Neste sentido, a lei estadual do Acre estaria extrapolando parâmetros legislativos, devendo-se ater apenas à regulamentação de produtos disciplinados pela lei federal. No mais, aventou-se a possibilidade de danos irremediáveis à saúde dos cidadãos, razão pela qual se pugnou pela concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do marco normativo em tela.

Assim, percebe-se um caso envolvendo o dilema entre o direito à saúde da população (do Estado do Acre), de um lado, e à livre iniciativa de farmácias e drogarias em comercializar produtos que não sejam, apenas, medicamentos. Com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei estadual, o requerente mencionou uma resolução da Anvisa que, em nome do poder normativo, proibiu a venda de tais utensílios, intervindo na ordem econômica. Seria isso verossímil, compreendido, de fato, nos limites de sua função regulamentar? A resposta correta se direciona na constitucionalidade ou na inconstitucionalidade da lei objeto da ação de controle concentrado?

O ministro relator, Marco Aurélio, dividiu seu voto em questões preliminares e de mérito. Sobre a primeira, destacou a arguição, pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Acre, de que a via eleita seria inadequada, eis que necessário o exame de compatibilidade para com a legislação federal. O julgador aduziu que a averiguação se daria pela Carta Constitucional e que, pragmaticamente, seria aconselhável resolver conflitos desta monta de forma abstrata, sem aguardar controvérsias do controle difuso.

Quanto ao mérito, de pronto, destacou que as normas gerais editadas pela União sobre controle sanitário do comércio de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e outros relacionados (Lei nº 5.991, 1973, regulamentada pelo Decreto nº 74.170, de 1974) nada dispuseram sobre a venda de itens de conveniência a serem vendidos em farmácias e drogarias. No entanto, não se trata de abrangência a tal ponto que levaria uma exclusão da possibilidade legislativa estadual quanto à matéria, o que não pode ocorrer, dada a autonomia dos entes estaduais. No que concerne ao argumento da proibição, constante na Resolução da Anvisa, o ministro pontuou se tratar de inovação infralegal no ordenamento jurídico, e que não pode ser oposta ao exercício normativo típico do Poder Legislativo, motivo por que não se pode falar em inconstitucionalidade formal.

Por sua vez, em relação a suposto vício material, defendeu não haver violação ao direito à saúde, e que qualquer limitação ao livre exercício de atividades econômicas deveria estar alicerçada no princípio da proporcionalidade: “[...] Ora, como se trata de limitação à liberdade fundamental do exercício de atividades econômicas, tais medidas, para serem legítimas, devem, acima de qualquer dúvida razoável, revelar-se adequadas, necessárias e

proporcionais em sentido estrito, o que não se verifica no caso desta ação direta” (BRASIL, 2014b, p. 15). De forma semelhante, mais adiante, aduziu que a pretensão da inicial é “desnecessária ante a possibilidade de o propósito buscado ser alcançado por meios menos onerosos às liberdades fundamentais envolvidas, e desproporcional por promover desvantagens que superam, em muito, eventuais vantagens” (BRASIL, 2014b, p. 16).

Desse modo, o enfrentamento dos limites do poder regulatório das agências reguladoras, no caso da Anvisa, deu-se a partir dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, utilizando-se, como autor para respaldar a argumentação, Humberto Ávila, com o livro “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos” (BRASIL, 2014, p. 16). Seu voto, ao fim e ao cabo, deu-se pela improcedência da ADI, e consequente constitucionalidade da lei estadual em tela³³.

Na sequência, o ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto, refletiu que a Constituição Federal não realizou qualquer proibição de produtos de conveniência em farmácias e drogarias, não havendo por que fazê-lo em tamanho grau de minúcia. No mais, acompanhou integralmente o relator, sem maiores delongas. De igual forma, fê-lo o ministro Teori Zavascki.

Na ordem, a ministra Rosa Weber fundamentou seu voto com argumentos jurisprudenciais e doutrinários, citando os seguintes autores: Henrique Ribeiro Cardoso (“Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras”), Sergio Guerra (“Introdução ao Direito das Agências Reguladoras”), Leila Cuéllar (“As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo”), Herbert Hart (“O Conceito de Direito”), Alvaro Luis de A. S. Ciarlini (“Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição”), Maurizio Fioravanti (“Constitución: de la Antigüedad a nuestros días”) e Alexis de Tocqueville (“A democracia na América”).

Salientou, também, que não compete às agências reguladoras legislar, mas sim promover a normatização daquilo que legalmente lhe foi conferido (poder normativo não é legislativo!): “[...] A abertura ou indeterminação dos conceitos empregados nos textos

³³ A construção da fundamentação pelo princípio da proporcionalidade é claramente evidenciada neste trecho (BRASIL, 2014b, p. 17): “As desvantagens em cercear as atividades econômicas do referido segmento comercial, considerados os efeitos negativos, principalmente, no tocante à disponibilidade de empregos e à comodidade oferecida à população, revelam-se muito superiores às vantagens, relativas ao campo da saúde, cujo alcance sequer se mostra abstrato ou empiricamente viável. Na realidade, prevalecendo o argumento do Procurador nesse ponto, ao Poder Público estará permitido, envolvidos os direitos fundamentais como conjunto harmônico de normas constitucionais, restringi-los mais do que promovê-los, o que não se coaduna com a quadra contemporânea do constitucionalismo brasileiro.

Consignada a desproporcionalidade da pretensão constante da peça inicial, tem-se inequívoca também a constitucionalidade material da norma impugnada. Ante o quadro, concluo pela admissibilidade do pedido formulado e pela improcedência deste, declarando a constitucionalidade formal e material da Lei nº 2.149, de 30 de setembro de 2009, do Estado do Acre”.

normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade. [...]” (BRASIL, 2014b, p. 28). Ainda, mencionou que eventuais limitações a direitos só podem ser carreadas pelo legislador, desde que salvasse o núcleo de direitos fundamentais³⁴.

Por seu turno, o ministro Luiz Fux destacou que, em se tratando de competência legislativa, deve-se observar o critério da preponderância e do interesse para se determinar qual ente será competente para dada matéria. Também analisou a questão sob o ângulo da proporcionalidade-razoabilidade e do devido processo legal em sua dimensão substantiva, registrando que, ao se buscar evitar a automedicação das pessoas, usou-se de “[...] um canhão para matar uma mosca, porque uma propaganda pela televisão, um anúncio da Agência Nacional de Saúde seria suficiente, e não invadir uma liberdade fundamental, que é a liberdade econômica, a livre iniciativa, como prevê a Constituição Federal”. Classificou a medida, assim, como “inadequada, desnecessária e desproporcional” (BRASIL, 2014b, p. 33).

Por fim, a ministra Cármen Lúcia e os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski também julgaram a ação improcedente, tendo este último referido expressamente a importância de se preservar o federalismo, sobretudo de entes menores. Por conseguinte, no dispositivo, o Tribunal, por unanimidade e seguindo os termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta. Apenas se registra que, na oportunidade, encontrava-se ausente o ministro Celso de Mello.

Tendo em vista essas considerações, e de acordo com as perguntas-guia anteriormente mencionadas, pode-se dizer que o enfrentamento do poder normativo das agências reguladoras se baseou em argumentos principiológicos, com a remissão a autores neste sentido. Não houve menção à palavra eficiência, nem à Análise Econômica do Direito, tampouco ao Direito Econômico. É possível afirmar que o vetor de fundamentação da decisão foi o princípio da proporcionalidade, e que a decisão pode ser considerada como fonte de proteção de direitos fundamentais, vez que prestigiou direitos de liberdade em detrimento de uma resolução da Anvisa que inovara na ordem jurídica de forma desmedida, supostamente impedindo a atividade legiferante do Poder Legislativo.

³⁴ Salienta-se o seguinte trecho da decisão da ministra Rosa Weber, em que se evidencia seus principais argumentos (BRASIL, 2014b): Somente ao legislador é dado, no Estado democrático de direito, limitar o âmbito de eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de modo a conformá-las com os demais postulados constitucionais e, ainda assim, desde que preservado o seu núcleo essencial. Das linhas gerais do mandato genérico conferido pelo legislador a um órgão regulador para normatizar, fiscalizar e controlar a oferta de um determinado produto, não é lícito deduzir uma atribuição implícita de poderes para atuar de modo a limitar sobremaneira o direito fundamental da livre iniciativa”

O segundo caso é a ADI nº 4.093, de São Paulo, que igualmente versou sobre a comercialização de artigos de conveniência em farmácias e drogarias, tendo como objeto, porém, a lei estadual paulista nº 12.623/2007. O requerente da ação foi o governador do estado de São Paulo, tendo sido intimada a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, a Associação Brasileira de Redes de Farmácias e Drogarias (ABRAFARMA) e o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo. Os *amicus curiae* que participaram do processo foram a Confederação Nacional do Comércio de bens, serviços e turismo (CNC) e o Conselho Federal de Farmácia (CFF) (BRASIL, 2014a).

A ministra Rosa Weber foi a relatora da ação, e valeu-se praticamente do mesmo voto anteriormente comentado, citando argumentos doutrinários (mesmos autores) e jurisprudenciais (precedentes da Corte). A fundamentação, ao fim e ao cabo, deu-se com base no princípio da proporcionalidade enquanto vetor, não havendo qualquer alusão às expressões eficiência, Análise Econômica do Direito nem Direito Econômico. A decisão também pode ser considerada como fonte de proteção de direitos fundamentais.

Ato contínuo, o terceiro caso trata de um agravo regimental na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 23, de 02 de dezembro de 2015. Quanto ao relatório, tem-se que a parte agravante da decisão foi a Confederação Nacional da Indústria (CNI). Em síntese, o presente recurso foi interposto em face de decisão monocrática emitida pelo ministro Ricardo Lewandowski, sobre os limites ao poder normativo das agências reguladoras, à luz de resolução da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) (BRASIL, 2015c).

Nos autos da referida ADC, a CNI requereu a declaração de constitucionalidade dos artigos 12, II, 20, § 2º, 21 e §§, 25 e §§, 31 e §§, 32 e parágrafo único, 33 e incisos, 34, 35, 36 e seus incisos, da Resolução 15/2005 da ANP, sustentando que se está diante de norma de regulação autônoma e abstrata, com validade em todo o território nacional, sobre a regulamentação e distribuição de GLP. Contudo, na decisão monocrática em tela, observou-se que a questão dizia respeito à existência de controvérsia judicial sobre os dispositivos citados, mas circunscrita ao aspecto de legalidade, e não de constitucionalidade, razão pela qual não se conheceu da ação em sede de controle abstrato.

Tendo em vista esse panorama, foi interposto o agravo regimental, alegando-se que a resolução da ANP desbordou dos limites normativos, inovando na ordem jurídica sem qualquer amparo legal. Para tanto, o recorrente se baseou sua argumentação da ADI nº 2.359, a qual discutia a (in)constitucionalidade de lei do estado do Espírito Santo sobre comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis envolvendo gás liquefeito de petróleo engarrafado, por suposta afronta à competência

constitucional. Na oportunidade, entendeu-se que o texto normativo era constitucional, limitando-se a promover a defesa do consumidor na ordem econômica, e que tanto a União como os Estados-membros e o Distrito Federal possuiriam competência legislativa competente para tal.

Nesse contexto, o ministro relator, que passou a ser Edson Fachin, entendeu que o propósito da requerente seria converter a ADC em embargos declaratórios da decisão colegiada outrora proferida em sede de ADI, ou em um instrumento de consulta a respeito da validade constitucional de lei ou ato normativo federal, o que não seria viável. Assim, negou provimento ao agravo regimental.

Essa decisão, por sua vez, não trata especificamente sobre o poder normativo da agência reguladora ANP, por não haver sido provada a controvérsia judicial relevante acerca da interpretação dada pelos tribunais a respeito da matéria, uma vez que se refere a controle de legalidade. Contudo, optou-se por mantê-la na análise, uma vez que satisfaz os critérios de inclusão propostos na investigação. No mais, não é possível uma análise mais acurada acerca de seus critérios de fundamentação, uma vez que esta se reportou, praticamente, à decisão monocrática expedida em momento anterior.

Por último, o quarto caso é a ADI nº 4.923, do Distrito Federal, cujo julgamento começou em 25 de junho de 2015, tendo sido suspenso, e retomado em 08 de novembro de 2017, e que, assim como o primeiro, também pode ser considerado *leading case* em matéria de agências reguladoras no STF, merecendo especial enfoque nesta dissertação. O assunto é bastante complexo e técnico, tendo sido enfrentado em um acórdão de quase trezentas páginas. Na ação, o requerente foi a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU), e os intimados foram o Presidente da República e o Congresso Nacional. Como *amicus curiae*, integraram a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e a Associação NEOTV. Na ocasião do julgamento, foram reunidas as ADIs 4.679, 4747 e 4756, juntamente à ADI 4.923, em função da pertinência temática. Todas elas impugnaram dispositivos da lei 12.485/2011, que se constituiu como novo marco regulatório da televisão por assinatura, perfazendo um total de 23 artigos – praticamente a lei inteira³⁵. Além disso, foram realizadas

³⁵ Citam-se, nesta nota de rodapé, todos os dispositivos especificamente impugnados nas ADIs (BRASIL, 2017, p. 13): “Na ação direta nº 4.679, o Partido Democratas postula a declaração a de inconstitucionalidade dos artigos 9º, parágrafo único; 10; 12; 13; 15, na parte em que acrescenta o inciso VIII ao art. 7º da Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 31; 32, § § 2º, 13 e 14; 36; 37, §§ 5º, 6º e 7º; e 42, da Lei nº 12.485/11; bem como seja conferida interpretação conforme a Constituição da República (arts. 21, XI; 175, caput; e 37, caput e XXI) ao artigo 29 do mesmo diploma, para se reconhecer que o aludido dispositivo não afasta o dever constitucional de licitar. Na ação direta nº 4.747, a Associação NEOTV ataca a validade jurídico-constitucional do art. 5º, caput, e § 1º; art. 6º, caput, I e II; e art. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11, todos da Lei nº 12.485/11. Pede ainda que se dê interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da mesma Lei, para que, no mesmo sentido

duas audiências públicas, em um total de sete horas de palestras, com a participação de 30 expositores (BRASIL, 2017c).

Os temas enfrentados podem ser sistematizados da seguinte forma: (i) (in)constitucionalidade formal do sistema de acesso condicionado (SeAC); (ii) legitimidade constitucional para a imposição de restrições à propriedade cruzada e verticalização da cadeia de valor do audiovisual; (iii) poderes normativos da Agência Nacional do Cinema (Ancine); (iv) (in)constitucionalidade da restrição aos estrangeiros em participar de atividades envolvendo programação e empacotamento de conteúdo audiovisual de acesso condicionado; (v) (in)constitucionalidade da fixação de tempo máximo de publicidade comercial; (vi) opções regulatórias exercidas nos limites da constituição econômica e (vii) equilíbrio financeiro do contrato administrativo. De fato, o ponto de principal interesse é o item “iii”, mas é notável averiguar a construção dessa decisão de forma global, sobretudo considerando que é a primeira vez que há a menção expressa em julgado da Corte sobre a “constituição econômica”³⁶.

Por sua vez, no voto do ministro relator, Luiz Fux, a fundamentação se deu a partir de preliminares e do mérito. Quanto às primeiras, todos os requisitos foram cumpridos, possuindo os requerentes legitimidade para a causa. No segundo, foi feita divisão quanto ao objeto impugnado, à atuação do Poder Judiciário no contexto da constituição econômica, bem como ao exame das inconstitucionalidades formal e material.

Especificamente no que pertine aos “limites e possibilidades da interpretação e da aplicação judicial da constituição econômica”, o ministro Luiz Fux salientou as dificuldades de controle exercidas pelo Poder Judiciário, em caráter contramajoritário, em que pese a declaração de (in)validade jurídica sobre temas de ordem técnica que atingem, de um modo ou de outro, toda a esfera social (BRASIL, 2017c, p. 48-49):

do Partido Democratas, se reconheça que a incidência deste dispositivo não afasta a necessidade de prévio certame licitatório para a outorga de novas autorizações para a prestação dos serviços de acesso condicionado. Na ação direta nº 4.756, a Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) questiona a legitimidade constitucional do art. 5º, caput e § 1º; art. 6º, caput, I e II; art. 9º, parágrafo único; art. 10, §§ 1º e 3º; art. 12, caput e parágrafo único; art. 13, caput e parágrafo único; art. 15; art. 16; art. 17, caput e parágrafos; art. 18, caput e parágrafo único; art. 19, caput, parágrafos e incisos; art. 20, caput e incisos; art. 21; art. 22; art. 23, caput e inciso; art. 25, § 1º; art. 31, caput; art. 32, §§ 2º, 12 e 13; art. 36, caput, parágrafos e incisos; art. 37, §§ 1º, 5º, 6º, 7º e 11; e art. 42, caput. Requer ainda que se confira interpretação conforme a Constituição ao art. 29 da Lei nº 12.485/11, no mesmo sentido pleiteado nas ADIs nº 4.679 e 4.747. Por fim, na ação direta nº 4.923, a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU) pugna pela declaração de inconstitucionalidade da expressão “até o término dos prazos de validade neles consignados”, constante do § 1º, do artigo 37 da Lei nº 12.485/11 e da expressão “não sendo objeto de renovação adicional”, prevista no § 11 do mesmo art. 37 do diploma impugnado”.

³⁶ Essa informação foi apurada pelo autor encontrada a partir da inserção, no buscador do STF, das palavras “constituição” adj “econômica”, isto é, “constituição econômica junto”, dada a ferramenta disponibilizada, tendo sido encontrado apenas este julgado com tais características.

À luz de tais contingências, prudente é reconhecer que a jurisdição constitucional, embora possa muito, não pode tudo. De um lado, a Constituição não deve ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Definitivamente não há um modelo de Estado único imposto pela Constituição. É o que exige a democracia enquanto projeto coletivo de autogoverno. De outro lado, não se pode perder de mira que intervenções judiciais incisivas – ainda que inegavelmente bem intencionadas – sobre marcos regulatórios específicos, de setores técnicos e especializados, podem ter repercussões sistêmicas deletérias para valores constitucionais em jogo; repercussões essas imprevisíveis no interior do processo judicial, marcado por nítidas limitações de tempo e de informação. O desafio que se coloca perante a Corte é, portanto, o de conciliar os valores democrático-republicanos, especificamente a existência de efetivo controle judicial dos atos estatais (judicial review), com os riscos associados à intervenção judiciária sobre os marcos regulatórios desenhados pelo legislador. É ciente deste delicado equilíbrio que o Supremo Tribunal Federal deverá julgar as presentes demandas.

Quanto ao enfrentamento da extensão dos poderes normativos conferidos à Ancine, pelo art. 9º, parágrafo único e art. 21 e 22 do diploma legal³⁷, a controvérsia residuiu, basicamente, na suposta inconstitucionalidade de delegação do poder de legislar, enquanto abuso do poder legislativo do Congresso Nacional, ao ter assentado que as atividades de programação e de empacotamento deveriam ser objeto de regulação, bem como de fiscalização por parte da agência reguladora em foco. O Partido Democratas insurgiu-se, no ponto, quanto à inexistência de limites objetivos impostos ao exercício da competência regulatória pela autoridade administrativa.

O ministro Luiz Fux aduziu que, nesse contexto, está em jogo a conceituação do princípio da legalidade, em que pese a transposição de um modelo oitocentista de Estado para um modelo intervencionista em esferas antes tidas como hegemônicas na sociedade civil. Ocorre que, em assuntos de ordem técnica e especializada, as agências reguladoras independentes se mostraram como resposta institucional possível diante de um novo panorama, valendo-se de “leis-quadro” enquanto função normativa hábil a regular a estrutura social. No entender do julgador, isso levou a uma remodelagem rumo à noção de “legalidade principiológica” ou “legalidade formal axiológica”, considerada em um sentido amplo, de forma a abranger políticas públicas, finalidades, dentre outros.

³⁷ Segue o teor dos dispositivos: Art. 9º As atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. Parágrafo único. As atividades de programação e de empacotamento serão objeto de regulação e fiscalização pela Agência Nacional do Cinema - Ancine no âmbito das competências atribuídas a ela pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Art. 21. Em caso de comprovada impossibilidade de cumprimento integral do disposto nos arts. 16 a 18, o interessado deverá submeter solicitação de dispensa à Ancine, que, caso reconheça a impossibilidade alegada, pronunciar-se-á sobre as condições e limites de cumprimento desses artigos. Art. 22. Regulamentação da Ancine disporá sobre a fixação do horário nobre, respeitado o limite máximo de 7 (sete) horas diárias para canais de programação direcionados para crianças e adolescentes e de 6 (seis) horas para os demais canais de programação.

Para tanto, fez remissão a diversos autores, alguns de Direito Administrativo Econômico, para chegar à conclusão de que é necessário cautela, por parte do Poder Judiciário, em declarar a inconstitucionalidade de leis que estatuem sobre poderes normativos às agências reguladoras. Assim, tem-se o seguinte marco teórico ao longo desta parte do *decisum*: Alexandre Santos de Aragão (“Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico”), Floriano de Azevedo Marques Neto (“Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico”), Carlos Ari Sundfeld (“Introdução às Agências Reguladoras”), Joaquim Barbosa (“Agências Reguladoras: A ‘Metamorfose’ do Estado e da Democracia”) e Richard Stewart (“The Reformation of American Administrative Law”).

Ao fim e ao cabo, firmou entendimento de que o legislador “agiu com prudência” ao deixar à Ancine o tratamento de temas técnicos de acordo com o caso concreto, de modo que o regramento geral é incapaz de, por si só, abordar as particularidades dos agentes econômicos e de incorporar o dinamismo da matéria (BRASIL, 2017c, p. 83).

Ainda, um outro ponto do acórdão merece destaque, ainda que não seja o propósito desta dissertação enfrentá-lo pormenorizadamente, isso porque trouxe questões juseconômicas em matéria de agências reguladoras. Trata-se da restrição à propriedade cruzada, com vistas a extirpar os oligopólios e monopólios de grandes grupos empresariais (ou famílias) detentores de mais de um meio de comunicação (como TV, jornal, rádio).

Na fundamentação³⁸, foram discutidos pontos sobre o abuso de poder econômico, destacando-se o papel do Estado em combater a concentração do poder comunicativo e de garantir o direito fundamental à liberdade de expressão e de informação. Os argumentos também contaram com noções de eficiência alocativa, microeconomia, diagrama de Pareto, direito antitruste e uma única menção à expressão “análise econômica”, como se pode ver nos seguintes trechos aqui salientados:

Os economistas apontam que mercados perfeitamente competitivos promovem uma alocação eficiente de recursos escassos, uma vez que maximizam tanto o bem-estar individual, medido pelo excedente do consumidor, quanto o lucro do produtor, aferido pela diferença entre sua receita e seus custos (BRASIL, 2017c, p. 63).
[...]

³⁸ Apenas se salientam, a título de curiosidade, os autores utilizados pelo ministro relator na parte da decisão sobre a propriedade cruzada (BRASIL, 2017c): Paul Samuelson e William Nordhaus (“Economia”), Walter Nicholson e Christopher Snyder (“Microeconomic Theory. Basic Principles and Extensions”) Ivo Teixeira Gico Junior (“Teoria unificada da colusão”), Alfred Kahn (“The Economics of Regulation: Principles and Institutions”), Robert Baldwin e Martin Cave (“Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice”), Alexandre Sankievicz (“Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de Regulação”), Daniel Sarmiento (“Liberdade de Expressão, Pluralismo e Papel Promocional do Estado”), Paula Forgioni (“Os fundamentos do Antitruste”), Calixto Salomão Filho (“Direito Concorrencial: As Estruturas”).

Diz-se então que todo equilíbrio geral competitivo é eficiente no sentido de **Pareto**, isto é, não admite que qualquer agente econômico tenha sua situação melhorada sem que tal melhora venha ao preço da piora da situação de outro (BRASIL, 2017c, p. 64).

[...]

Soma-se a esse problema de (in)eficiência, típico da análise econômica, outro de maior evidência jurídica, relativo à justiça comutativa das trocas voluntárias entre os agentes econômicos. Isso porque as estruturas de mercado monopolistas ou oligopolistas permitem que o excedente agregado resultante das transações econômicas seja apropriado integralmente pelo produtor (ou grupo restrito de produtores), em franco detrimento do consumidor, cuja proteção é sabidamente tratada pela Constituição como direito fundamental e princípio geral da ordem econômica (CRFB, art. 5º, XXXII; art. 170, V) (BRASIL, 2017c, p. 65) [grifei].

Apesar disso, o vetor de fundamentação é, ainda, marcadamente principiológico, com a utilização de uma “ponderação constitucional”, dentre os princípios que regem a ordem econômica brasileira, em especial a livre iniciativa e a proteção do consumidor, com vistas a uma “acomodação otimizada desses valores já ponderados em abstrato pelo constituinte de 1988” (BRASIL, 2017c, p. 69). Até porque, fez-se alusão ao diagrama de Pareto que, pode-se dizer, insere-se no contexto fundacional da AED normativa, aquele em que a eficiência deveria ser buscada a todo e qualquer custo. Ora, considerando o teor do julgado, seria impossível conciliar essa tese com a proteção de direitos e garantias fundamentais, razão pela qual se chegou à conclusão de que foi mais no intuito de fazer remissão ao vasto panorama econômico, do que enfrentá-lo com minúcias.

Dando continuidade, o ministro Edson Fachin, em seu voto, concordou com, praticamente, toda a análise realizada pelo ministro Luiz Fux, com exceção de um ponto do art. 25 da lei objeto da ação do controle, afirmando que todos os dispositivos são, então, constitucionais³⁹. Sua fundamentação, inicialmente, abordou o direito à cultura e o acesso à comunicação audiovisual para, na sequência, julgar o poder normativo da Ancine. Nessa esteira, reconheceu-se que (i) este último se afinou à dinâmica do setor econômico pelo qual é responsável, (ii) que houve liberdade de conformação e discricionariedade técnica em relação à arte audiovisual, (iii) as sanções e dosimetrias impostas em função do descumprimento do marco regulatório estavam de acordo com o direito administrativo sancionador e (iv) a exigência de credenciamento da empresa para fins de exercer as atividades de programação e empacotamento, cujo acesso é condicionado à aprovação pela Ancine, inseriu-se no âmbito do

³⁹ Apenas se registra que tal regra, em síntese, veda a possibilidade de publicidade comercial, em canais pagos, contratada no exterior por agência de publicidade estrangeira, privilegiando a empresa nacional. O ministro Fux contra-argumentou ao entendimento de Fachin, aduzindo que tal regra violaria o princípio da isonomia e da razoabilidade em “seu núcleo essencial”, pois não haveria prova (BRASIL, 2017c, p. 195). Mas, qual seria, de fato, esse “núcleo essencial”, hermeneuticamente falando?

poder de polícia exercido pela Administração Pública. No mais, repisou que o caso em comento traz em seu bojo uma tensão principiológica entre a restrição e a liberdade da livre iniciativa e da concorrência, à luz do direito à cultura, do acesso à comunicação e da ordem econômica. O ministro Luís Roberto Barroso seguiu integralmente o relator, apenas sinalizando que a reserva de publicidade, em matéria de regulação, não poderia trazer uma reserva de mercado às empresas brasileiras, sob pena de afronta à isonomia e à livre iniciativa. Da mesma forma, seguiram o ministro Teoria Zavascki e a ministra Rosa Weber.

Esta última, em seu voto, discorreu acerca da competência normativa das agências reguladoras, baseando-se no princípio da legalidade, da separação dos poderes e da legitimação democrática das decisões políticas, bem como os limites assentados pelos direitos fundamentais. Também refletiu que a regulação da atividade de comunicação, enquanto atividade econômica, constitui-se em um conjunto de medidas legítimas, proporcionais e que vem ao encontro da defesa e valorização da cultura brasileira. Segue trecho de sua decisão (2017c, p. 224):

No caso, os dispositivos impugnados atribuem à Agência Nacional do Cinema – ANCINE e à Agência Nacional de Telecomunicações – competências regulatórias e fiscalizatórias especificadas e inseridas dentro das respectivas áreas de atuação técnica, a serem exercidas conforme a precisa hipótese de incidência que definem. Da leitura dos dispositivos impugnados, verifico que os standards normativos norteadores da atuação da ANCINE e da ANATEL, relativamente ao setor de TVs por assinatura, estão fixados, na própria Lei nº 12.485/2011, com densidade suficiente para permitir o controle de legalidade da atuação das agências. Os casos de imposição de deveres aos administrados e de limitação ou condicionamento do exercício de direitos, vêm devidamente expressos na própria lei, atendendo plenamente às exigências dos arts. 5º, II, 170, parágrafo único, 172, 173, § 4º, 174, caput, 220, 221 e 222 da Constituição da República .

Ainda, cabe pontuar que os autores utilizados em sua fundamentação foram os seguintes: Luís Roberto Barroso (“Temas de direito constitucional”), Alexandre Santos de Aragão (“Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico”), Leila Cuéllar (“As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo”), Celso Antônio Bandeira de Mello (“Apontamentos sobre o poder de polícia”), Alexandre Santos de Aragão e Patrícia R. P. Sampaio (“Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal”), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“A Administração Indireta e sua Eficiência”), José Roberto Pimenta Oliveira (“A ANEEL e Serviços de Energia Elétrica”), Marcos Juruena Villela Souto (“Direito Administrativo Regulatório”), Henrique Ribeiro Cardoso (“Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras”), Maria Sylvia Zanella di Pietro (“Limites

da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade”), Sérgio Guerra (“Introdução ao Direito das Agências Reguladoras”), Conrado Hubner Mendes (“A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes”).

Quanto aos ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, acompanharam o relator. De igual modo, fê-lo a ministra Cármen Lúcia, anexando seu voto. Sobre o poder normativo das agências reguladoras, explicitou que a intervenção do Estado na ordem econômica deve se dar em atendimento aos limites traçados na Constituição. Esse trecho sintetiza bem o teor de sua fundamentação (BRASIL, 2017c, p. 257): “Para cumprir políticas de governo e implementar os direitos fundamentais, o Estado intervém na vida social e econômica dos sujeitos públicos e privados nos limites da Constituição e da legislação vigente, adotando, para eficiência de sua atuação, mecanismos de regulação”. No mais, utilizou os seguintes autores em sua argumentação: Marçal Justen Filho (“Curso de Direito Administrativo”), Lúcia Valle Figueiredo (“Curso de Direito Administrativo”) e Floriano Azevedo Marques Neto (“A nova regulação estatal e as agências independentes”).

De toda sorte, cabe pontuar que a palavra “(in)eficiência” apareceu 18 vezes ao longo do acórdão. A expressão “Análise Econômica do Direito” não foi mencionada, mas sim “análise econômica” (uma vez), deixando dúvida a remissão (eis que AED possui o elemento direito, diferentemente de uma análise econômica pura). A expressão “Direito Administrativo Econômico” constou 4 vezes, nas referências das obras doutrinárias citadas. Por fim, a decisão pode ser considerada fonte de proteção de direitos fundamentais, de forma preponderante, mas é também fonte de eficiência.

Dentro desse contexto, e à luz da tese da “resposta correta”, percebe-se que as decisões do STF, em matéria de agências reguladoras, a despeito de não serem de grande volume, têm tido um enfrentamento, por vezes, complexo, abordando o tensionamento entre princípios e valores constitucionais distintos. Pode-se destacar, como ponto de crítica, a utilização do princípio da proporcionalidade como suporte balizador de tais decisões envolvendo Direito e Economia, ainda que com a pretensão de proteção de direitos fundamentais. Isso porque dizer que algo é razoável, proporcional nem sempre está na esfera do inteligível, revelando-se como algo abstrato, utilizado pelos juristas para reificar o mundo na tentativa de enquadrar a decisão em uma moldura, entabulá-la como acertada por ser proporcional.

Conforme Alexy (2008), o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado enquanto critério para a fundamentação do Direito, em meio a colisão entre princípios jurídicos. O autor apresenta uma fórmula de peso que se centra, basicamente, em três filtros: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Com vistas a se questionar sobre a sua

aplicação pelo STF, Morais (2013) averiguou se o princípio utilizado pela Corte correspondia, de fato, à proposta teórica de Alexy, ou não. Após a análise de 189 julgados, sobre os mais diferentes temas, o autor concluiu que há a incorporação fragmentada de tal teoria pelo STF, sem a preocupação condizente com a intersubjetividade do texto, muitas vezes sendo veiculada subjetivamente pelo intérprete. Em suma, não se verificou a adoção de um procedimento uniformizado para a identificação de princípios colidentes nos casos concretos, mas uma mera indicação de um só princípio envolvido⁴⁰.

Também, Mastrodi (2014) critica a utilização desenfreada da proporcionalidade nos julgados, quanto à atribuição de racionalidade baseada na escolha de qual critério seria norteador da decisão. De fato, ao se dialogar com a resposta de Dworkin (2014), a proporcionalidade usada dessa forma não se amoldaria à concepção de decisão por princípio, não se mostrando correta, vez que baseada em um viés subjetivo (o que é proporcional para uns pode não o ser para outros), o que esvaziaria a própria fundamentação da decisão, dado que se desvincularia da noção de adjudicação.

Evidentemente, o assunto não é pacífico, tendo muitas divergências doutrinárias quanto à sua aceitação. Aqui não se tem por desiderato o enfrentamento do tema com mais profundidade, como se sinalizou no afastamento de questões conexas na introdução, porém se entende que a proporcionalidade poderia ser utilizada como vetor de fundamentação, e quiçá ser considerada como resposta correta, caso alicerçada em um critério que não a subjetividade

⁴⁰ Seguem algumas das conclusões de Morais (2013, p. 294 e 296): “De uma forma geral, nota-se a influência do princípio da proporcionalidade como elemento ínsito à proteção dos direitos individuais contra eventuais abusos do Estado. Entre as discussões promovidas pela doutrina brasileira, com o pano de fundo na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade surge como forma de aferir o abuso de poder do Estado – em qualquer dos seus âmbitos decisórios – com intervenções indevidas, violação do núcleo essencial, proibição de excesso ou proibição da proteção deficiente e fixação do suporte fático dos Direitos Fundamentais. Grande parte do desenvolvimento teórico está fundado sobre a distinção semântica – estrutural entre regras e princípios jurídicos. A exceção se dá na compreensão de Streck quanto à proibição do excesso e proibição da proteção deficiente, posicionamento conjugado pela presente tese; [...] Em suma, não se verificou a adoção de um procedimento uniformizado para a identificação de princípios colidentes nos casos concretos, mas com a mera indicação de um só princípio envolvido. a) não se constatou nas decisões do STF uniformização quanto ao procedimento de identificação dos princípios colidentes por força de casos concretos. O que se viu foi a aplicação do princípio da proporcionalidade, por vezes, com a simples indicação de apenas um princípio discutido na decisão; b) a referência feita às colisões não se restringiu aos princípios jurídicos – muito menos foram levados à risca a sua condição de mandamentos de otimização – identificou-se que os casos concretos promoviam colisão tanto entre princípios, quanto entre bens, interesses, valores e Direitos Fundamentais; c) quanto à metodologia da máxima da proporcionalidade, não foi possível identificar qualquer decisão que tenha seguido estritamente o modelo de Robert Alexy, no que diz respeito à análise subsidiária dos testes da adequação, necessidade e sopesamento; d) em alguns casos, as máximas da adequação e necessidade serviram de critérios à resolução. Em outros, a proporcionalidade em sentido estrito, na condição de sopesamento, serviu isoladamente para determinar a decisão; e) em nenhuma decisão se produziu explicitamente – e, dificilmente implicitamente – a lei de colisão, norma de direito fundamental adstrita, regra harmonizadora dos —princípios no caso concreto, passo primordial para Alexy no combate do decisionismo judicial.”

do intérprete. Isso porque ela é considerada princípio por grande parcela dos juristas, ainda que não disposta especificamente no texto constitucional, e muito provavelmente continuará a ser utilizada na praxe judiciária. O que não pode, sem dúvida, é a sua invocação para respaldar um argumento pessoal que, sob o manto da proporcionalidade, juridiciza-se, formalizando uma fundamentação que, na realidade, é vazia.

De outra banda, é de se notar a utilização de construções argumentativas essencialmente preocupadas com o impacto gerado no cenário jurídico brasileiro a partir da declaração de (in)constitucionalidade, bem como com a proteção de direitos fundamentais, à luz do Direito Administrativo Econômico (e não da AED), passando pelo direito à liberdade de iniciativa, livre concorrência, direito à saúde, à cultura, à informação, dentre outros.

A par dessas considerações, é possível formular um quadro comparativo, reunindo as principais informações apuradas na pesquisa, acerca dos casos tratados. Neste sentido, é importante considerar que os *leading cases* não deixam de ser um rol exemplificativo da relação juseconômica no plano judicial das decisões do STF. Isso significa que, nestes casos, os critérios de decisão foram balizados a partir da fundamentação descrita anteriormente, de modo que não se pode afirmar cabalmente que todas as decisões da Corte se direcionam para tal tomada de ideias. Até porque há casos em que os julgadores podem vir a aplicar as teorias (do Direito Econômico ou da Análise Econômica do Direito) de forma velada, sem que haja uma remissão expressa a elas. Evidentemente, não se teve por escopo aqui a realização dessa investigação, mas é relevante deixar registrada tal reflexão.

Quadro 5 – Leading cases envolvendo Direito e Economia em matéria de poder normativo das agências reguladoras

<i>Leading cases</i> envolvendo Direito e Economia e poder normativo das agências reguladoras		
	ADIs 4954 /AC e ADI 4093/SP	ADI 4.923 (julgada juntamente com as ADIs 4.679, 4747 e 4756)
Agência reguladora objeto da ação de controle concentrado	Anvisa	Ancine
Direitos ou princípios em tensão	Suposta violação ao direito à saúde <i>versus</i> livre iniciativa	Foram citados vários direitos e princípios, como cultura, livre iniciativa, livre

		concorrência, informação, etc.
Vetor de fundamentação	Princípio da proporcionalidade	Princípio da legalidade e ponderação constitucional
Menção à eficiência	-	18 vezes
Menção à Direito (Administrativo) Econômico	-	4 vezes
Menção à Análise Econômica do Direito	-	1 vez “análise econômica”
Fonte de eficiência ou de proteção de direitos fundamentais	Fonte de proteção de direitos fundamentais	Fonte de proteção de direitos fundamentais (preponderante), mas também de eficiência

Fonte: (próprio autor).

CONCLUSÃO

Um espelho. Um objeto, aparentemente simples, que projeta uma dupla imagem. Um ser real, de um lado, e um imaginário, do outro, que o imita. Mas, mais que isso, um dilema entre dois mundos, uma dicotomia entre o ser e o parecer. Afinal, o que o espelho retrata? E o que isso tem a ver com o Direito?

Ao buscar a aproximação com o conto homônimo de Machado de Assis, do século XIX, em diálogo com a série televisiva *Black Mirror*, a presente dissertação partiu justamente desse questionamento de fundo: entre a opacidade e a transparência, o espelho revela o que é ou o que aparenta ser? Maquiaria ele a alma ou a deixaria cristalina?

Ora, nem tudo o que se “vê” “é”... A aparência prestigia o ter, enquanto que a essência se volta ao ser. Para aclarar essa compreensão, a “teoria das almas”, trazida por Jacobina, a personagem principal do conto machadiano aqui explorado, revela uma importante constatação: o ser humano carrega consigo duas almas, uma que faz um movimento centrípeto, e outra, centrífugo. Ora de fora para dentro, ora de dentro para fora.

Trata-se de um problema da divisão do ser, que se oculta em múltiplas máscaras, com aparência de personalidade, escondendo sua essência em prol da aparência. O problema, até então, não é nada jurídico nem formal, mas, sim, da existência humana, da condição da humanidade que necessita mirar-se em um espelho para fazer sua autorreflexão.

Aliás, os tempos hodiernos são extremamente propícios para essa atitude de introspecção. Não se pode resolver um problema de uma forma fragmentada, sem voltar-se para dentro e buscar possíveis causas dos problemas. A complexidade do mundo, da sociedade, do homem reside justamente aí. Nesse contexto, entre o opaco e o transparente, entre o saber técnico e o humano, entre a tecnologia e a angústia, entre os avanços e os desafios, percebe-se que o espelho pode ser visto como uma metáfora perfeita para ajudar a explicar a dialética da vida, e que também está presente no modo hermenêutico de ser no mundo, de como se colocar e averiguar o fenômeno a partir da compreensão humana.

Isso mostra que o ser humano, diante de suas escolhas, pode traçar distintos caminhos. Jacobina se tornou alferes da Guarda Nacional, e passou a valorizar tanto a aparência, que já tinha se esquecido de quem foi, de seu passado, de sua tradição. Um homem antes humilde, agora rico e dotado de prestígio. Um símbolo de poder e de autoridade para sua família, a qual já não sabia mais o que fazer para agradá-lo. Se fosse hoje, o que Jacobina veria? Qual seria seu reflexo no *Black Mirror*?

Pode-se perceber, na personagem, uma tensão entre seus dois mundos, um interior, que ele mal conhecia (talvez porque não sabia como se voltar a si mesmo, ao se encontrar só), e outro exterior, em que ele recebia os holofotes e sabia bem se portar (afinal, era reconhecido...). Ocorre que essa dialética não se resolve por si só, uma vez que é um exercício quase que infinito de ir e voltar. Mas, aquele que começa chega a uma linha de chegada diferente, porque a experiência o mudou.

Isso pode ser averiguado a partir do círculo hermenêutico, em que se vai do *logus apofântico*, ou, se preferir, da “realidade” empírica, do mundo corpóreo, para o *logus hermenêutico*, a alma interior que permite a auto-reflexão e a compreensão. Não é possível viver apenas em um deles, pois não são contraditórios, e sim complementares. O ser humano é feito de duas almas...

Com o Direito, isso não é diferente. Tendo em vista que ele se caracteriza como uma ciência da compreensão, o pensar e o compreender são ínsitos na resolução de casos decididos. Uma pré-compreensão do arcabouço teórico-normativo é mister para se dar uma solução adequada a um caso, mas não é suficiente por si só. É preciso ir e voltar. Do fato à norma, e da norma ao fato, quantas vezes forem necessárias.

Foi partindo dessas indagações que a presente dissertação buscou investigar o sentido do Direito na atualidade, considerando um contexto de judicialização excessiva e de crises paradigmáticas, que refletem um esgotamento do modo de pensar e de produzir da ciência jurídica. Qual é o espelho do Direito? O que ele reflete, em meio à hiperjurisdicionalização?

Dentro desse cenário caótico, constatou-se como necessário discutir o problema da autonomia do Direito, tendo em vista os riscos de sua funcionalização para outras áreas, como é o caso da Economia. A problemática proposta foi delimitada na inter-relação entre Direito e Economia no âmbito da Sociedade em Rede, especificamente no plano judicial, na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), dada a sua influência no Direito brasileiro.

A matéria abordada se centrou no estudo das agências reguladoras, tendo em mente a sua expansão no panorama da globalização neoliberal, bem como o papel desempenhado na economia e os impactos infligidos na população em vista de suas decisões, sobretudo em tema de prestação de serviço público. O problema jurídico como fio condutor de todo o trabalho assim se colocou: Em que medida é possível preservar a autonomia do Direito em seu diálogo com a Economia, no plano judicial, a partir da fundamentação das decisões do STF em matéria de agências reguladoras?

Assim sendo, o estudo foi dividido em duas partes, “Da Economia ao Direito” e “Do Direito à Economia”. Por primeiro, investigou-se um cenário societário de redes, juntamente com a globalização (econômica) e com uma multiplicidade de crises que se imbricam reciprocamente.

A época atual, por muitos colocada como pós-modernidade, em vista de uma tentativa de libertação das amarras de ferro de épocas anteriores, não deixa de ser, ao fim e ao cabo, uma extensão do que se convencionou chamar de moderno. Evidentemente, há características que lhe são peculiares, como a liquidez e a frivolidade que pairam não só sobre os laços sociais interindividuais, mas também sobre o conjunto de indivíduos considerados coletivamente e, mesmo, sobre as instituições, vez que formadas por pessoas.

A “Sociedade em Rede” de Castells, nessa perspectiva, traz em seu bojo um dinamismo com uma rápida e ágil adaptação a distintas forças, sejam elas sociais, políticas, culturais, de forma autoconfigurável e com facilidade de (re)programação. Enquanto conjunto de nós interligados, esse modelo societário depende da interação entre distintas geometrias e geografias, sendo diretamente influenciado pelas forças da globalização.

Ora, o fato de a sociedade estar em rede não significa, necessariamente, que seus indivíduos se encontrem igualmente em rede. Podem, sim, ser “nós”, mas não centros nem estarem conectados ao mundo global. Isso porque, com a rapidez com que a rede se forma, também se esvai, pois é fluida, líquida. O que era para ser sua maior qualidade é também sua anátema: as redes excluem...

A globalização, apresentada como triunfo da racionalidade e forma de inovação e de liberdade, demonstrou seu *Black Mirror*, o globalismo econômico, denotando a força (quase que elevada a nível de império) exercida por atores não estatais, como as multinacionais, que têm influenciado sobremaneira os sistemas jurídicos e, por consequência, a relação entre Direito e Economia.

Diante disso, a interrogação pertinente de Gianetti sobre o valor do amanhã não pode passar despercebida. Os desafios, por sua vez, residem em excessos cometidos em uma mirada moderna sobre o futuro, que pode ser míope, quando subestima o que está longe, ou hipermetrope, que se perde no horizonte e não se volta ao presente. De fato, nem tanto no presente, nem tanto no futuro.

Essa quase que impossibilidade de autorreflexão e mirar-se no espelho projeta um cenário de crises em que se insere o ser humano. Mas, claro, não se sai de uma crise sem saber qual é a causa, ou as causas que lhe deram origem. Evidentemente, tal identificação não é mera tarefa simples, uma vez que a crise, como se averiguou em páginas anteriores, é um fenômeno

complexo e multifacetado, carregando distintas vertentes, aqui abordadas na figura da modernidade, do Estado, do Direito e da jurisdição, sem pretensão de esgotamento do tema.

O Poder Judiciário, nesse sentido, passou a ocupar papel central na resolução de conflitos das mais distintas ordens. Com as questões econômicas que se tornam juridicizadas, não é diferente. O juiz é instado a dar uma resposta... No obstante, não precisa dar todas as respostas, afinal a jurisdição não é uma panaceia para curar os males internos da humanidade.

De todo modo, em meio a esse contexto, abre-se um campo de amplas possibilidades investigativas da relação entre Direito e Economia no plano judicial, a qual se (re)constrói a partir de uma dupla face... Direito é Economia? Economia é Direito? Essas perguntas alertam para a existência de uma zona nebulosa que paira na relação entre essas duas disciplinas, altamente interconectadas no mundo atual. O Direito é necessário à Economia, mas esta é igualmente importante ao primeiro. Contudo, o reflexo jurídico não pode ser simplesmente econômico, vez que o Direito perderia sua essência, sua autonomia.

De fato, o risco está em solapar o jurídico em prol de um discurso economicista e efficientista, redutor em si mesmo, que coloca em xeque a autonomia do Direito, como bem se discutiu anteriormente, autonomia essa de índole axiológica, no caso construído pelo intérprete, e não meramente didática.

Ao se colocar o Direito em frente ao espelho, qual a imagem refletida? Seria um *Black Mirror*? As metáforas, com base na literatura e no cinema, permearam a construção de um pano de fundo que, ao fim e ao cabo, revela a dicotomia entre a alma exterior e a alma interior que o habita.

A primeira, sua aparência, confunde-se com discursos de cunho individualizante e técnico, coisificando a engrenagem jurídica em prol de um *status quo* dominante. A segunda, sua essência, reflete que a razão de ser está na humanidade, e a hermenêutica bem sabe disso: só há Direito porque há homem, e este é limitado. Logo, Direito e Economia podem, sim, ser empreendidos para se maximizar riquezas, mas não só: há que se respeitar princípios caros, assumidos pela ordem constitucional vigente, que são o núcleo duro do Estado Democrático de Direito: os direitos fundamentais. No âmbito da AED, percebeu-se que isso nem sempre se faz presente, de modo especial em sua vertente normativa, quando a eficiência é valorada como algo supremo a ser atingido, sob pena de se viver um economicismo, como um fim em si mesmo.

Com base nisso, e tendo em vista o cenário de crises averiguado, a pesquisa concluiu por alguns “custos” que podem ser gerados na hipótese de a AED ser utilizada de forma

desmedida ou ingênua. Tais postulados, aventados anteriormente e aqui repisados, podem ser considerados, também, como riscos do funcionalismo do Direito pela Economia. São eles:

(a) possibilidade de que a maximização da riqueza individual e social possa vir a preponderar sobre valores como o amor, a justiça e a dignidade, caso a AED normativa seja levada ao extremo;

(b) busca por um cenário de certezas em meio à globalização das incertezas;

(c) aposta no mercado como salvador, tornando o Estado uma empresa governada (indiretamente) por agentes econômicos (transnacionais);

(d) a manutenção do capitalismo tal e qual se encontra atualmente conduziria a um recrudescimento das crises e mascaramento de desigualdades sociais em prol de uma suposta eficiência, afinada a padrões hegemônicos;

(e) esfacelamento do homem-pessoa, perdendo de vista a Humanidade em meio à ideia de que o mercado regularia o mundo da vida (e o jurídico) como se fosse uma (nova) mão (in)visível.

A partir dessas lentes, a dissertação passou a uma etapa prescritiva, caracterizada pela matriz dworkiniana para averiguar a decisão judicial em busca de respostas corretas, concretizadas na Constituição Federal, do romance em cadeia, da coerência e da integridade do Direito. Pôde-se perceber que a busca do magistrado em resolver um caso concreto, especialmente o difícil, nos dizeres de Dworkin, tem por escopo a adjudicação, congregando-se o Direito posto, pela tradição e pelos precedentes, com vistas à construção de um sentido que atualize o texto constitucional, com ele dialogando, mas que, ao mesmo tempo, com ele mantenha uma relação de fidelidade.

Essa tarefa, identificada na figura do juiz Hércules, e criticada sob o pretexto de ser quase que impossível, funcionaria como fio condutor na busca de decisões que se fundamentem em princípios, e não na mera subjetividade do intérprete. A melhor decisão é aquela que se constrói pela melhor interpretação, mas isso, em hipótese alguma, quer dizer que há uma única resposta para um caso concreto. Ao mesmo tempo, porém, a solução deve ser conformada na ordem constitucional vigente. Novamente, a metáfora do espelho: o juiz também precisa ir e voltar, do *logus apofântico* ao *hermenêutico*, mirar-se no espelho, refletir para poder decidir.

Assim, propõe-se resposta ao problema de como preservar a autonomia do Direito, a partir de três postulados mencionados anteriormente, e tendo como norte a aplicação da Constituição Federal:

- (1) Não há uma única resposta correta envolvendo Direito e Economia. A solução a ser buscada pelo julgador deve se coadunar com a problematidade do caso concreto e com a ordem constitucional vigente;
- (2) Limites para a aplicação da AED positiva: o raciocínio consequencial não pode ser aplicado quando viola cláusulas pétreas, sob pena de ser antijurídico, tampouco em uma visão cega *pro futuro*, em desprestígio à tradição e à historicidade;
- (3) Limites para a aplicação da AED normativa: a eficiência deve ser pensada como um dos valores constitucionais, mas não o único. O art. 37 da CF, em interpretação teleológica, pode servir de baliza para o enfrentamento de situações que visem a conjugar distintos interesses em jogo no âmbito do Direito, tanto público, como privado, haja vista o fenômeno da publicização e constitucionalização deste último.

Assim, chegou-se, finalmente, à questão jurídica da fundamentação das decisões judiciais, tendo se elaborado critérios de seleção para orientar a pesquisa, juntamente com perguntas-guia, alicerçadas no CPC, para extrair as ideias-chaves contidas nos julgados, o que se mostrou um ponto de desafio, haja vista a escassa literatura sobre o tema.

Na matéria de agências reguladoras, escolhida para discussão, percebeu-se controvérsia atual sobre o seu poder normativo em função de critérios de discricionariedade e técnica, por parte de tais autarquias especiais, a ponto de se questionar os limites e as potencialidades dessa prática envolvendo temas juseconômicos. Cabe repisar que, no Brasil, são 11 agências reguladoras existentes atualmente, e que podem emitir resoluções, contanto que respeitem o princípio da legalidade e não inovem na ordem jurídica, sobre praticamente todos os assuntos que dizem respeito a serviços públicos, regulando comportamentos, fiscalizando condutas e cominando sanções.

Ao fim e ao cabo, a despeito de não haver grande volume de ações constitucionais discutindo a temática no âmbito do STF, foram sinalizadas duas decisões paradigmáticas da Corte Constitucional, a ADI nº 4954 /AC, sobre a comercialização de artigos de conveniência em farmácias e drogarias, e a ADI 4.923 (julgada juntamente com as ADIs 4.679, 4747 e 4756), quanto ao marco regulatório da TV por assinatura, duas questões que, a depender do veredicto, influenciam (in)diretamente no cotidiano da população brasileira.

Os ministros, assim, registraram a importância desses julgamentos envolvendo Direito e Economia, muitas das quais envolvendo meandros técnicos. A baliza, no entanto, está na Constituição Econômica, o que se pôde constatar da análise dos votos. Também, percebeu-se que o vetor de fundamentação ainda caminha no sentido do princípio da proporcionalidade, citado, em diversas passagens, para respaldar as decisões, o que se mostra como um ponto de

crítica na doutrina, não havendo pacificação quanto ao tema. Também, foram salientados os princípios da legalidade e da isonomia, as liberdades de concorrência e livre iniciativa, os direitos fundamentais de cultura e de acesso a informações.

De fato, as decisões judiciais se direcionam na utilização de princípios, havendo aproximação maior com o Direito Econômico do que com a eficiência e a AED, esta última possivelmente mencionada no voto do ministro Luiz Fux, mas apenas a título ilustrativo. Assim, as decisões podem ser consideradas como fontes de proteção de direitos fundamentais, e se afinam à proposta da autonomia do Direito. Podem ser consideradas “respostas corretas”, mas poderiam deixar de utilizar a razoabilidade e a ponderação como matrizes axiológicas abstratas, vez que se afinam mais à ideia de senso com teórico dos juristas.

A partir disso, é relevante mencionar que o problema de pesquisa é respondido da seguinte forma: a autonomia do Direito é preservada com a aplicação da Constituição Federal, e o STF aportou, nos dois principais casos concretos analisados, soluções aliadas a princípios constitucionais, afinando-se ao construto dessa autonomia. Contudo, trata-se de um rol exemplificativo, de sorte que não se pode responder ao problema jurídico afirmando que a Corte preserva a autonomia do Direito em todos os seus julgados envolvendo Direito e Economia, uma vez que não se averiguou tal montante quantitativo na investigação.

Por fim, registra-se que não se teve a pretensão de esgotamento da temática, e que novos estudos na área são primordiais para fins de aperfeiçoamento dos critérios de fundamentação adotados pelos magistrados em suas decisões. Trata-se de um “capítulo” nesse vasto “romance em cadeia” que é a relação entre o Direito e a Economia. Ser eficiente e proteger direitos é, sim, uma tarefa árdua, mas vale a pena. Para isso, a atitude de se voltar à autorreflexão e à alma interior, num movimento de ir e vir, pode ajudar na construção do conhecimento jurídico.

Com a licença poética, deixa-se abaixo poema do autor desta dissertação, a fim de se refletir sobre a alma – do Direito, da Economia, do ser humano.

A alma

Minha alma precisa de alimento

Incorpóreo

Imaterial

Sentimento

Minha alma repousa

Feliz

*Num vale de luz
Na paz
Do descanso
Do encontro perfeito
Em plena sintonia
Com o universo
Com Deus
Minha alma é forte
Lança a si mesma
Ao fogo forte
E não se queima
A não ser de ardor
E amor
Minha alma é leve
Como a brisa suave da manhã
É levada ao vento
Como asa delta
Deixa-se jogar
E sorri
E agradece
E enche-se novamente
De seu alimento
Imaterial
Incorpóreo
Sentimento
Puro como o ar do campo
Mas firme
Como a rocha
De uma bela
Montanha.*

Bernardo Girardi Sangoi, 09 de janeiro de 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**: Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p.49-68, 2006. Semestral. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2018.

ASSIS, Machado de. **O Espelho**. In: Obra Completa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994, v. II. Disponível em: <<http://www.cm-sjm.pt/files/20/20761.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

_____. **A vida fragmentada**: ensaios sobre a moral pós-moderna. Lisboa: Relógio D'Água, 2007a.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007b.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECK, Ulrich. **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz**. Barcelona: Paidós, 2005.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de Direito Econômico**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Clausineu de (orgs). **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 503-519.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 52, de 2013. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. **Projeto de Lei do Senado Nº 52, de 2013:** Lei das agências reguladoras. Brasília, DF, Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3429461&disposition=inline>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

_____. Congresso. Senado. Projeto de Lei nº 349, de 2015. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. **Projeto de Lei do Senado Nº 349, de 2015.** Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&disposition=inline>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em Ação 2017:** ano-base 2016. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Lei 13.105, de 16 de Março de 2015b.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Lei nº 13655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.. **Lei Nº 13.655, de 25 de Abril de 2018a.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 09 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2240. **Diário Oficial de Justiça.** Brasília, 2017a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700112085&dt_publicacao=20/06/2017>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4093. **Diário Oficial de Justiça.** Brasília, 24 set. 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6972092>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.923. **Diário Oficial de Justiça.** Brasília, 08 nov. 2017c. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14595775>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.954. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 25 ago. 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081133>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 23. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, DF, 2015c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10080788>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 889. 2018b. **Diário Oficial de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo889.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Verdade e certeza no direito e na literatura. In: FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Antimanual de direito e arte**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 333-351.

CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. A literatura como aporte metodológico no ensino do Direito. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (orgs). **Educação jurídica**. 3. ed. Florianópolis : FUNJAB, 2014.

CAPES. **Portal de Periódicos Capes/MEC**. 2018. Disponível em: <<http://www.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1995.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do direito**. In: Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p.1-44.

_____. **O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**, vol. 3, São Paulo: Paz e terra, 1999, p. 411-439.

_____. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **A sociedade em rede.** Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e terra, 2012.

_____. **O poder da comunicação.** Lisboa: Fundação CaloustGulbenkian, 2013.

CHATÉLET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções políticas do século XX: história do pensamento político.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLARÍN. **Una mutación social acecha a la humanidad:** El pensador señala el riesgo de un mundo que prioriza el papel del economista y donde la política pierde eficacia.. 2018. Disponível em: <https://www.clarin.com/revista-enie/ideas/mutacion-social-acecha-humanidad_0_BkYFnFjLz.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial.** Forense: Rio de Janeiro, 1978.

COPETTI NETO, Alfredo. O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago: do Marginalismo ao Pragmatismo. **Economic Analysis Of Law Review**, Brasília, v. 8, n. 1, p.194-214, 2017. Semestral. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7652/5175>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

DAHL, Robert. **Poliarquia:** participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial.** Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. O jurisprudencialismo e o garantismo processual como alternativas para a crise da jurisdição brasileira. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v. 10, n. 2, p.355-377, jul. 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7659/4788>>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas:** um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do

estado democrático de direito?). Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2008. 305p.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução de Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 54, n. 139, p. 243-256, 2005. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll/FolRevistas/Revista/revs.nfo.2d0.0.0.0/revs.nfo.2d1.0.0.0/revs.nfo.2d4.0.0.0?fn=document-frame-nosync.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 07 out. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

_____. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer e nova revisão de tradução por Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GALBRAITH, John Kenneth. **Economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**. Tradução de Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

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

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GIANETTI, Eduardo. **O valor do amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis Of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p.7-32, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1916>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**. Florianópolis, nº 68, p. 261-290, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 07 out. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de María Hernández Díaz. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. **Scientle Studia**, São Paulo, v. 5, n. 3, p.375-398, 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/11117-13991-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. **Ser e tempo**. 10. Ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O papel do Estado Constitucional face ao modelo político-econômico neoliberal. **Derecho y Cambio Social**, Peru, v. , n. , p.1-33, 01 out. 2013. Trimestral. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/revista034/O_PAPEL_DO_ESTADO_CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

HUNTINGTON, Samuel. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. Tradução de Sergio Goes de Paula. São Paulo: Ática, 1994.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Tradução de Emilio Eiranovas Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Tradução de Luis Villar Borba. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: Enfam, 2010. 310 p. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Impactos-Economicos_site.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. The traditional dialogue betweenlaw&economics. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. especial, n. 1, novembro, p. 171-193, 2005. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_esp01_p171_194.pdf>. Acesso em: 08 out. 2017.

LOPES, Simone Anacleto. O movimento de Direito e Economia. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 28, n. 40, p.1-18, 28 fev. 2011. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16024789.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTELLI, Carla Gandini Giani. Estado-rede: a possibilidade do Estado na sociedade informacional. **Perspectivas**, São Paulo, v. 24-25, p.179-187, 2002. Disponível em:

<<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/108152/ISSN1984-0241-2001-24-179-187.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 445p.

MAYER, Giovanna. As decisões do STF e do STJ entre a integridade e a análise econômica do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/giovanna_mayer.html> Acesso em: 05 out. 2017.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF>>. Acesso em: 12 out. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

_____. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

NETFLIX. **Black Mirror**. 2011. Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/title/70264888>>. Acesso em: 10 out. 2017.

NOVAES, Adauto. Mundos possíveis. In: NOVAES, Adauto (org.). **Mutações**: o futuro não é mais o que era. São Paulo: Edições Sesc, 2013, p. 11-39.

OST, François. **Júpiter, Hércules y Hermes**: tres modelos de juez. 1990. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2017.

OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit? **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**. Bruxelas, n. 44. Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

_____. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. **Revista de Economía y Derecho**, v. 2, n. 7, p.7-17, inverno 2005. Disponível em: <<https://documents.tips/documents/richard-posner-el-analisis-economico-del-derecho-en-el-common-law-en-el-sistema-romano-germanico-y-en-las-naciones-en-desarrollo.html>>. Acesso em: 05 out. 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/analise-economica-do-direito_58f8146587d9f.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

_____. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito Gv**, São Paulo, v. 5, n. 2, p.1-64, mar. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno_direito_22.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 fev. 2018.

SANDEL, Michael. **Aula 01 – Justiça com Michael Sandel**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BRIsi46Larw>>. Acesso em: 28 out. 2017a.

_____. **Aula 01 – Justiça com Michael Sandel**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bnlCxcNaLnI>>. Acesso em: 28 out. 2017b.

SANGOI, Bernardo Girardi. O direito e (seu) espelho: um diálogo com o conto de Machado de Assis e a série Black Mirror. In: Colóquio Internacional de Direito e Literatura, 6., 2018, Porto Alegre. **Revista Anais do Cidil: As ilusões da verdade e as narrativas processuais**. Porto Alegre: Rede Brasileira de Direito e Literatura, 2018. 13 p. Disponível em: <<http://seer.rdl.org.br/index.php/anacidil/article/view/375/pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-95.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. v. 1. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1987.

SCHAPIRO, Mario Gomes (org). **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

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

SOUSA, Washington Peluso Albino de. **Conceito e objeto do direito econômico**. 1975. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1445/1374>>. Acesso em 10 abr. 2018.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m)crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Porque precisamos de grandes narrativas no e do direito. In: NOGUEIRA, Bernardo G. B.; SILVA, Ramon Mapa da. **Direito e literatura: por que devemos escrever narrativas?** Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 61-66.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Lei que confere meia entrada para doadores de sangue é constitucional**. 2006a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66436>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **STF esclarece decisão em ADI sobre aplicação do Código do Consumidor aos bancos**. 2006b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68675>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. **Suspensa decisão que obrigava Estado do RJ a contratar professores aprovados em concurso**. 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369752>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

WARAT, Luiz Alberto. As vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Sequência**, Florianópolis, v. 8, n. 14, p.57-61, 1987. Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16456/15110>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 03, n. 05, p.48-57, 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 15 jun. 2016.