

OS ARGUMENTOS ECONÔMICOS E AS LIMITAÇÕES AO SEU USO

ECONOMIC ARGUMENTS AND LIMITATIONS ON THEIR USE

Bernardo Raposo Vidal

Mestre em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1990-8660>

E-mail: bernardovidal@hotmail.com

Nagibe de Melo Jorge Neto

Doutor em Direito pela UFC. Juiz Federal. Professor do Centro Universitário Christus (UniChristus).

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-6922-0322>

E-mail: nagibemj@gmail.com

Resumo

O presente artigo busca entender o que são argumentos econômicos e qual espaço eles ocupam na argumentação jurídica. Primeiro, delimita-se o conceito de argumentos econômicos. Em seguida, analisa-se a relação entre o argumento econômico e o argumento jurídico. Por fim, aborda-se a questão da prova ou da força dos argumentos econômicos, tendo por base a doutrina e o modelo argumentativo cunhado por Stephen Toulmin. Os argumentos econômicos, em última análise, são argumentos de fato, no sentido de que são produzidos a partir de fatos. Do ponto de vista da argumentação jurídica, argumentos de fato não podem ser utilizados sem que se verifique a verdade dos fatos. Sendo assim, é necessário provar os fatos que estruturam os argumentos econômicos. Como, então, deve se dar essa prova? Utilizando-se de pesquisa jurisprudencial, analisam-se julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizaram argumentos econômicos, para concluir que seu uso deve ser compatibilizado com os valores trazidos pela norma jurídica, sendo de fundamental importância que tenham

fundamentos fáticos substanciosos, como estudos empíricos ou base de dados transparentes que possam ser verificados pelas partes em litígio e pela sociedade como um todo. Do contrário, o argumento econômico torna-se fraco e contribui para deslegitimar a decisão judicial.

Palavras-chave: Argumentos econômicos. Análise Econômica do Direito. Fundamento da Decisão Judicial. Pragmatismo Jurídico. Consequencialismo.

Abstract

This article seeks to better understand what economic arguments are, and what space they occupy in legal arguments. First, the concept of economic arguments will be delimited. Then, the relationship between the economic argument and the legal argument will be analyzed. Finally, the question of proof or the strength of economic arguments will be addressed. Economic arguments, in the final analysis, are arguments of fact, in the sense that they are produced from facts. From the point of view of legal arguments, de facto arguments cannot be used without verifying the truth of the facts. Therefore, it is necessary to prove the facts that structure the economic arguments. How, then, should this proof be given? Using jurisprudential research, judges from the Supreme Federal Court who used economic arguments will be analyzed, to conclude that its use must be compatible with the values brought by the legal norm, being of fundamental importance that they have substantial factual bases, such as studies empirical data or transparent database that can be verified by the parties to the dispute and by society as a whole. Otherwise, the economic argument becomes weak and contributes to delegitimize the judicial decision.

Keywords: Economic arguments. Economic Analysis of Law. Basis of the Judicial Decision. Legal pragmatism. Consequentialism.

1 INTRODUÇÃO

A chamada Análise Econômica do Direito (AED) tem ganhado significativo espaço na produção jurídica brasileira. Ocupa-se, basicamente, da utilização de ferramentas de análise próprias da Economia, sobretudo da

microeconomia, para tentar explicar ou prever quais as consequências, na organização social e econômica, da aplicação de determinadas normas jurídicas ou de determinadas interpretações das normas jurídicas. Tais consequências são deduzidas a partir da análise das escolhas racionais feitas por indivíduos ou grupos de indivíduos, com a utilização de ferramentas e modelos próprios da ciência econômica. Como ensina Ivo Gico Júnior (2019, p. 14), “a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito”.

A partir dessa perspectiva, tem sido comum a colonização do Direito por argumentos econômicos. Diversas escolas do pensamento jurídico, como o pragmatismo de Richard Posner (NOVAIS, 2019, p. 96-115) e o consequencialismo, têm influenciado o pensamento jurídico brasileiro, ainda que essa influência não tenha produzido um pensamento sistematizado e apareça de forma ainda confusa na argumentação jurídica produzida pelos juízes e tribunais brasileiros.

Georges Abboud (2019, p. 1) fala em um ativismo judicial consequencialista. Segundo ele, “[e]ssa modalidade de ativismo é marcada por uma colonização da argumentação jurídica pelo discurso eficientista, pragmatista ou congênere que, de algum modo, coloque no centro da atividade decisória a realização de determinadas consequências práticas, no mais das vezes pouco ou nada lastreadas em elementos empíricos”.

O presente artigo não se insere propriamente no contexto da Análise Econômica do Direito; antes, tem por objetivo entender melhor o que são os argumentos econômicos, e qual espaço eles ocupam na argumentação jurídica. Primeiro tentaremos delimitar o que é possível entender por argumentos econômicos. Em seguida, analisaremos a relação entre o argumento econômico e o argumento jurídico. É possível que os juízes usem livremente um argumento econômico ou consequencialista ou esse argumento necessita de um fundamento jurídico?

Por fim, abordaremos a questão da prova ou da força dos argumentos econômicos. Os argumentos econômicos, em última análise, são argumentos de fato, no sentido de que os argumentos econômicos são produzidos à luz de fatos?

Do ponto de vista da argumentação jurídica, argumentos de fato não podem ser utilizados sem que se verifique a verdade dos fatos. Sendo assim, é necessário provar os fatos que estruturam os argumentos econômicos? Se a resposta for positiva, como deve se dar essa prova? A fim de ilustrar a exposição, analisam-se alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizaram argumentos econômicos.

Para o enfrentamento desse problema adotaremos como metodologia a revisão bibliográfica e a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Primeiro definiremos argumentos econômicos e consequencialismo a partir de uma análise da doutrina nacional e estrangeira mais relevante sobre o tema. Depois, a partir dessas definições tentaremos entender o entrelaçamento entre argumentos econômicos e norma jurídicas e como se influenciam reciprocamente. Por fim, tendo por referência o modelo argumentativo proposto por Toulmin e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, analisaremos o problema da prova dos argumentos econômicos e proporemos uma avaliação do argumento econômico quanto à sua força.

2 ARGUMENTOS ECONÔMICOS E CONSEQUENCIALISMO

Para fins desse artigo, chamaremos de argumentos econômicos aqueles argumentos que tragam em uma de suas premissas ou na conclusão uma consequência que a decisão judicial trará sobre a economia de modo geral ou sobre o gasto público, de modo particular. (JORGE NETO, 2019)

Economia aqui deve ser entendida no sentido amplo, como tudo que diz respeito a como os seres humanos administram recursos escassos. Pode ser uma premissa, como por exemplo, quando se diz que não há recursos suficientes e, por isso, uma política de saúde não pode ser suportada pelo Estado, portanto, não é devida. Ou pode ser uma conclusão, como por exemplo, quando se diz que a implementação de uma determinada política de saúde, como o fornecimento em larga escala de um determinado medicamento, pode levar à diminuição de outra política de saúde, como o programa de vacinação.

O argumento econômico pode aparecer muitas vezes como um juízo de prognose. O juiz ou o advogado avaliam quais serão as possíveis consequências econômicas de determinada decisão e, a partir dessa avaliação, fundamentam a própria decisão. Um juiz pode argumentar, por exemplo, que uma decisão que condene um banco a pagar indenização por dano moral em virtude de o cliente ter esperado mais tempo na fila do que determina a lei e os regulamentos bancários, acabaria por ocasionar um aumento de ações judiciais com pedidos semelhantes, o que geraria uma indústria do dano moral e resultaria no encarecimento dos serviços, sem evidentes benefícios de diminuição do tempo de espera. Nesse caso, temos que o juiz utiliza uma consequência econômica (encarecimento dos serviços bancários) para tomar a decisão de negar o direito à indenização.

Vê-se que o uso de argumentos econômicos é muito próximo do pragmatismo. Richard Posner (2012, p. 539) define o pragmatismo judicial como o método que dá mais ênfase às consequências da decisão do que à doutrina jurídica. Segundo Posner, “[j]udges who don’t insist that a legalistic algorithm will decide every case are what I call ‘pragmatists’, not in some pretentious philosophical sense but in the sense of an approach to decision making that emphasizes consequences over doctrine.”¹

Quando se fala em enfatizar mais as consequências da decisão do que a doutrina jurídica, entramos no campo dos conceitos jurídicos indeterminados. Uma das funções primordiais da doutrina jurídica é densificar os chamados conceitos jurídicos indeterminados, o que é feito a partir da interpretação da lei, mas também sob a perspectiva da evolução histórica do direito de cada Estado, como compreendido por cada cultura. Por outro lado, se é verdade que a economia exerce influência sobre o Direito e que o Direito deve estar voltado para o desenvolvimento econômico, é também verdade que o Direito condiciona a economia e que algumas finalidades econômicas igualmente legítimas são conflitantes.

1 Em tradução livre: Os juízes que não insistem que um algoritmo legal decidirá todo caso são os que eu chamo “pragmatistas”, não em um pretensioso sentido filosófico, mas no sentido de uma abordagem da decisão que enfatiza as consequências sobre a doutrina.

A Constituição da República estabelece, por exemplo, que os fundamentos da ordem econômica são a valorização do trabalho e a livre iniciativa. Quando vistos como conceitos puramente econômicos, essas ideias podem aparecer como objetivos conflitantes. *Exempli gratia*, se a livre iniciativa é protegida com a menor intervenção do Estado no domínio das relações trabalhistas, o princípio da valorização do trabalho pode restar atingido em seu núcleo essencial. (ALEXY, 2017a)

A redução das desigualdades regionais e a busca do pleno emprego, previstas como princípios da ordem econômica no art. 170, incisos VII e VIII, da Constituição da República, podem entrar em conflito com o desenvolvimento nacional, considerado de modo mais amplo, que está previsto no art. 3º, inciso II, da Carta Magna, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. (Brasil, 1988, *on-line*)

Sendo assim, o uso dos argumentos econômicos apresenta uma série de problemas propriamente jurídicos, que dizem respeito à interpretação, à argumentação e à filosofia do Direito. O lugar de densificação e saturação (ALEXY, 2017b, p. 235) dos conceitos jurídicos indeterminados é o discurso jurídico, ainda que com base em conceitos econômicos ou com escora nas próprias consequências econômicas.

3 O USO DOS ARGUMENTOS ECONÔMICOS A PARTIR DE NORMAS JURÍDICAS

A ordem jurídica influencia e condiciona a ordem econômica, ainda que seja certo também que a ordem econômica acaba por condicionar a ordem jurídica. Para o pensamento marxista, o Direito nada mais é que uma superestrutura determinada pelo modo como se organizam os meios de produção. Ferdinand Lassalle (2014, p. 35), seguindo o mesmo caminho, propõe que a Constituição são os fatores reais de poder, sendo esses as forças vivas da sociedade. Não se pode negar, todavia, que, ainda que tenha função de mera legitimação do

sistema, o discurso jurídico fundamenta-se em normas jurídicas e não em fatos puramente econômicos.

As teorias econômicas e os fatos econômicos acessam o discurso jurídico a partir das aberturas contidas nas normas jurídicas, com destaque para as normas constitucionais. Com efeito, é necessária uma compreensão econômica dos fenômenos sociais para interpretar e densificar conceitos jurídicos indeterminados como “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa” (art. 1º, CF/88), “desenvolvimento nacional”, “erradicação da pobreza e marginalidade”, “redução das desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, e art. 170, CF/88), “livre concorrência” e “busca do pleno emprego” (art. 170, CF/88). Deve-se notar, todavia, que a densificação desses conceitos jurídicos indeterminados, pelo menos no que diz respeito às suas consequências jurídicas, tem lugar no discurso propriamente jurídico. (BRASIL, 1988, *on-line*).

Outro ponto de intersecção entre Economia e Direito está nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da eficiência. O princípio constitucional da proporcionalidade estabelece regras para equacionar um *trade-off* entre dois princípios constitucionais; e o princípio da eficiência, aplicado sobretudo à Administração Pública, determina que a Administração deve preferir meios mais eficientes aos menos eficientes para atingir determinados fins. O meio será mais eficiente tanto mais ele proporcione a maximização dos benefícios com os menores custos.

A Análise Econômica do Direito propõe que existe uma relação entre eficiência e justiça. Toda norma ou interpretação da norma ineficiente seria também injusta. Segundo Ivo Gico Júnior (2019, p. 27), “se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência).”

As regras relacionadas ao orçamento público, como aquelas que estabelecem limites de gasto e que tratam sobre a repartição de receitas

públicas entre os diversos entes federativos, também são normas de conteúdo eminentemente econômico que devem ter seu conteúdo semântico determinado no discurso jurídico, pelo menos para os fins de estabelecerem-se as consequências jurídicas de tais regras.

Merecem ainda atenção os argumentos que não são propriamente econômicos, na medida em que não utilizam, na sua estrutura, conceitos da ciência econômica, no sentido estrito. Normalmente esses argumentos são chamados de argumentos consequencialistas. Embora não se utilizem de conteúdo da ciência econômica, esses argumentos se valem do raciocínio econômico, mais especificamente de raciocínios forjados pela microeconomia, que estão relacionados às consequências, estímulos ou incentivos que uma ou várias decisões judiciais podem ter sobre o comportamento das pessoas, com reflexos no próprio sistema de Justiça ou na economia.

Aqui, entram em cena os arts. 20 e 21, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657/42, incluídos pela Lei n. 13.655/2018. O art. 20, estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”; e o art. 21, dispõe que “[a] decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. (BRASIL, 2018, *on-line*)

O parágrafo único, do art. 21, é também digno de nota. Segundo esse dispositivo, “a decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”. (BRASIL, 2018, *on-line*)

Os ônus ou perdas são, efetivamente, consequências da decisão que devem obrigatoriamente ser avaliadas quando a decisão administrativa ou judicial invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Já as

consequências práticas da decisão, consequências jurídicas e administrativas estão ligadas aos estímulos que a decisão provocará nos jurisdicionados ou administrados, impactando o próprio Sistema de Justiça ou a economia.

É também muito relevante o art. 27, da Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo dispõe que:

[...] ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão foi posteriormente estendida para todos os Tribunais Superiores (art. 927, § 3º, CPC). (BRASIL, 1999, *on-line*)

As razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social a que se refere o dispositivo têm a ver precisamente com as consequências da decisão e, como se vê, esses termos representam um conceito jurídico indeterminado. É preciso densificar, saturar o que se entende por segurança jurídica ou por excepcional interesse social para fins da modulação das decisões. Os tribunais e a doutrina, contudo, estão longe de alcançar uma conclusão segura quanto à abrangência dessas expressões. Em um dos próximos tópicos, veremos alguns casos em que a utilização desses conceitos foi contraditória.

Até aqui, portanto, chamamos atenção para conceitos ou expressões normativas que impõem aos juízes e tribunais a análise das consequências da decisão, sejam essas consequências tomadas em sentido propriamente econômico, como no caso das expressões “valores sociais do trabalho” e “livre iniciativa” (art. 1º, CF/88), “desenvolvimento nacional”, “erradicação da pobreza e marginalidade”,

“redução das desigualdades sociais e regionais” (art. 3.º, e art. 170, CF/88), “livre concorrência” e “busca do pleno emprego” (art. 170, CF/88); sejam relacionadas com os princípios da proporcionalidade ou da eficiência; sejam, ainda, quando essas consequências não têm um conteúdo estritamente relacionado à ciência econômica, mas está ligada a um raciocínio econômico em sentido amplo, como sendo as escolhas tomadas por pessoas racionais em um ambiente de escassez².

O consequentialismo está, portanto, ligado à Análise Econômica do Direito e à utilização de conceitos econômicos em raciocínios jurídicos. Mas não se resume a isso. Nem a AED se resume ao estudo dos argumentos propriamente econômicos no discurso jurídico. Aqui nos preocupam, de modo amplo, as consequências por trás dos argumentos econômicos, bem como as consequências usadas pelos argumentos jurídicos, seja nas premissas ou nas conclusões; sejam esses argumentos econômicos no sentido estrito ou no sentido mais amplo, quando, apesar de não usarem conceitos propriamente econômicos, utilizam métodos e raciocínios próprios da ciência econômica, sobretudo da microeconomia, que estão relacionados a incentivos, estímulos e comportamentos.

Podemos afirmar, do que vimos de expor, que, em grande parte dos casos, as consequências pretendidas pela norma jurídica são determinadas pela própria norma jurídica. Entender o que precisamente significam essas consequências, delimitar seu conteúdo semântico, depende de uma atividade hermenêutica que, normalmente, é feita em um contexto discursivo, a partir das regras que regem o processo de modo amplo e, mais especificamente, das regras que regem a argumentação jurídica.

Outras vezes, as consequências não são ditadas específica e expressamente pela norma jurídica, mas são usadas para justificar que uma determinada interpretação da norma seja melhor que outra. Nesses casos, temos dois problemas. O primeiro consiste em verificar se as consequências de uma determinada

2 Esse é um conceito econômico clássico, embora não se possa mais defender que as escolhas econômicas sejam completamente racionais. Muitas vezes, o cérebro humano funciona a partir de heurísticas e vieses não racionais. (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979).

interpretação da norma são verossímeis; o segundo consiste em saber se a melhor interpretação da norma é a que pressupõe o atingimento ou afastamento de ditas consequências. Mais uma vez, estamos no âmbito da hermenêutica e da argumentação jurídica.

Não se pretende com isso diminuir a importância da Análise Econômica do Direito para o melhor entendimento das consequências das normas jurídicas ou das consequências de determinada interpretação da norma jurídica. O fato é que, embora essas consequências possam iluminar a interpretação da norma, elas não são pressupostos do sentido na norma. Ao revés, é o sentido da norma que acabará por determinar que consequências devem ser buscadas ou evitadas.

Aqui, nos deparamos com um problema que merece detida atenção: como as consequências usadas nos argumentos jurídicos são provadas? Ou, de outro modo, é possível usar argumentos econômicos, em sentido amplo, quando as consequências econômicas invocadas são nebulosas ou não estão devidamente atestadas?

4. O PROBLEMA DA FORÇA E DA PROVA DOS ARGUMENTOS ECONÔMICOS

Um dos problemas mais candentes acerca da utilização dos argumentos econômicos no Direito é a sua força. Como e por quais critérios podemos afirmar que as consequências invocadas no argumento ocorrerão com razoável grau de certeza? Poder-se-ia afirmar que tais consequências deveriam ser provadas, e aqui leia-se “prova em juízo”, instrumento utilizado para verificar a ocorrência, no caso concreto, dos fatos hipotéticos previstos na norma, por meio do devido processo legal. Mas, a prova em juízo é destinada apenas aos fatos que são condição para a incidência da norma. (BRASIL, 2015, *on-line*)

As consequências de uma determinada interpretação da norma não se enquadram nessa categoria. Trata-se de elementos estranhos à hipótese de incidência da norma, mas que ocorrerão ou poderão ocorrer como consequência

da aplicação da norma. Ou seja, trata-se de possíveis fatos que são ou poderão ser consequências dos fatos hipotéticos previstos na hipótese normativa (ou da aplicação de determinada sanção a esses fatos hipotéticos), uma vez que eles ocorram no mundo real.

Como saber se um argumento econômico está suficientemente ancorado na realidade? Ou se o acórdão ou decisão judicial utilizou o argumento econômico de modo suficientemente seguro? Ou se as consequências ou juízos de prognose invocados pelo argumento jurídico são suficientemente verossímeis? A quem incumbe demonstrar as consequências da decisão, sua repercussão social e econômica? Suas premissas microeconômicas foram estabelecidas empiricamente ou com ajuda de *expert*?

No início do texto apresentaram-se formas de como as consequências práticas da norma jurídica ou de uma determinada interpretação da norma podem aparecer no discurso jurídico dentro do processo judicial. Como se viu, as consequências podem aparecer como premissas ou como conclusão dentro de um argumento jurídico. A isso estamos chamando de argumento consequencialista. As premissas ou a conclusão do argumento podem conter um juízo de prognose, ou seja, o argumento estima, prevê o que acontecerá a partir da aplicação da norma.

Como o escopo do artigo é análise do argumento econômico, é possível afirmar que as consequências invocadas como premissas ou como conclusões de argumentos econômicos não se submetem à prova em juízo. Na imensa maioria das vezes, além de não dizerem respeito aos fatos previstos nas hipóteses normativas, as consequências econômicas invocadas nos argumentos jurídicos dependem de estudos amplos, estudos esses que podem, inclusive, apontar para consequências distintas e até contraditórias, como é comum com os métodos e com a investigação científica até que se chegue a uma conclusão segura acerca de uma hipótese. O problema se dá porque, muitas vezes, as consequências da interpretação devem ser levadas em conta por força da própria norma, apesar de não existirem estudos conclusivos de confirmação dessas consequências.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n. 69309-SC, que tratava como pano de fundo o ônus dinâmico da prova no processo civil, discutia sobre a responsabilidade civil em razão de um certo erro médico. O juiz de 1ª instância prolatou sentença lastreado em dados técnicos que ele mesmo pesquisou, para decidir se havia imperícia médica na cirurgia. Entretanto, esses dados não constavam do processo e nem derivavam de etapa probatória produzida no curso do processo. Citou esses dados e anexou as fontes à sua decisão. O caso foi parar no STJ, para saber se esses dados seriam ou não prova, pois se fossem não teriam sido submetidos ao contraditório e isso, em tese, nulificava a sentença. O STJ afastou a argumentação quanto ao contraditório, para definir que aquelas informações técnicas não seriam um dado de fato, mas apenas a forma pela qual o juiz construiu o seu senso comum para permitir o julgamento. Esse caso serve para demonstrar como o dado técnico, empírico, é um “incômodo” para o jurista no plano concreto.

Assim, o que se verifica na prática é que, na maioria das vezes, as consequências invocadas como razões pelos advogados ou como razões de decidir pelos magistrados não são objeto de prova de juízo nem têm, no conceito de Stephen Toulmin (2006, p. 96-115), um *backing* suficiente; permanecem nebulosas, ainda que as partes e os juízes, na maioria das vezes, as considerem evidentes por si mesmas. Muitas vezes, as partes consideram evidentes consequências contrárias da aplicação da mesma norma, com o intuito exclusivo de fortalecer o seu argumento.

O *backing* ou suporte, segundo o modelo Toulmin (2006, p. 96-115), nada mais é do que o dado que justifica a regra inferencial. As consequências são usadas em um argumento econômico dentro de uma regra inferencial do tipo: *se for dada uma interpretação I a essa norma, haverá consequências econômicas C*. O *backing*, portanto, é o conjunto de dados que autoriza a concluir que essas consequências econômicas, de fato, advirão da interpretação da norma ou muito provavelmente advirão.

A depender do ineditismo do caso concreto e da experiência do juízo, qualquer afirmação sobre as consequências da aplicação da norma ou da interpretação da norma defendida, é extremamente problemática. Isso porque, se o caso for novo, sem precedente judicial, quais dados concretos o magistrado terá à sua disposição para estabelecer inferências fundamentadas? Nesse caso, poderia o juiz utilizar-se dos modelos probabilísticos da Economia de modo a dar maior força ao seu argumento? O magistrado pode até ter prévio conhecimento em Economia e utilizá-lo empiricamente, mas na imensa maioria dos casos, mesmo contando com a ajuda de um perito em economia e/ou contabilidade pública, seria impossível chegar a conclusões inequívocas quanto às consequências da norma. Por isso, esses meios têm sido pouco utilizados, valendo-se o argumento apenas de ilações sem o respectivo substrato.

Há exemplo de uso de argumentos econômicos em juízo de prognose na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Lapidar caso refere-se à compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista pelo art. 3º, VII, da Lei n. 8.009 de 1990, e a garantia do direito à moradia prevista pelo art. 6º da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 26 de 2000.

O relator ministro Cezar Peluso reconheceu a constitucionalidade da regra. Aduziu que em caso de procedência do Recurso Extraordinário n. 407.688-8 a consequência seria um rompimento do “equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.”

Ou seja, caso afastada a penhorabilidade, a garantia fidejussória, que é a menos custosa para a maioria dos locatários, seria substituída pelo locador, por outros tipos de garantias, e.g. carta de fiança bancária, aumentando sobremaneira o custo contratual, restringindo o acesso à moradia.

Do outro lado, Eros Grau, que ficara vencido, adotou outra interpretação:

[S]e o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar alugueis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição da casa própria, gozaria de proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. (STF, 2006, *on-line*)

Flávio Jaime de Moraes (2019, p. 226) sintetiza o pano de fundo da argumentação jurídica:

[H]ouve uma evidente dúvida sobre se o direito social de moradia (1) abrangia o direito a ser proprietário do imóvel ou (2) deveria ser entendido como o direito a ter facilitada a residência, ainda que na condição de locatário. O legislativo havia optado pelo sentido (2) quando editou o art. 3º, VII, da Lei n. 8.069/1990 e o STF examinou se essa escolha era compatível com o referido preceito da Constituição. Para fazer essa análise, debateu consequências que sua decisão poderia ter no mundo real. Alguns ministros se sensibilizaram com os efeitos que a perda de efetividade da garantia fidejussória teria para os locadores no mercado imobiliário, outros entenderam que o gravame sustentado para evitar tal efeito era muito alto.

Frise-se que o voto do Ministro Peluso não fez referência a nenhum dado estatístico nem houve pesquisa com metodologia para sustentar suas ilações. Simplesmente pressupôs uma consequência (aumento do custo das locações residenciais), sem fornecer suporte ou *backing* ao ser argumento, que justificaria a ocorrência no mundo real dessas consequências. Sendo muito fraco ou inexistente, não deveria ser considerado como razão de decidir, posto que derrotável em suas premissas lógicas formais.

Maria Pargendler e Bruno Salama (2013, p. 233) observam que, frequentemente, os Tribunais Superiores, ao aplicarem o princípio da proporcionalidade, fazem uso de raciocínio consequencialista econômico, com análise de estímulos, mas nem sempre o argumento está escorado em estudos empíricos:

[C]ontudo, com frequência se atingem os mesmos objetivos por meio do vocabulário “proporcionalidade” — e é talvez por isso que ainda não se tenha refletido de forma cuidadosa sobre como lidar com as afirmativas empíricas controversas suscitadas por este tipo de exame. É certo, porém, que semelhante técnica de decisão gera demanda por estudos científicos — teóricos, empíricos ou experimentais — nos moldes das demais ciências. Caso tivesse sido detectado, por exemplo, que a penhorabilidade do bem de família do fiador não apresenta qualquer influência positiva no mercado de locações de modo a promover o acesso à moradia de não-proprietários, é possível que a Corte tivesse decidido de forma diferente.

Um outro exemplo do uso de argumentos consequencialistas econômicos em juízo, é representado por um dos casos da reforma trabalhista, sob julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI n. 5.766, a Procuradoria-Geral da República questiona três artigos da Lei n. 13.467/2017, que estabelecem a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios pela parte derrotada (honorários de sucumbência), mesmo que esta seja beneficiária da Justiça gratuita. Também é alvo da ADI dispositivo no qual se estabelece pagamento de custas pelo beneficiário da Justiça gratuita que faltar injustificadamente à audiência de julgamento. Além disso, créditos obtidos por vitórias em outros processos trabalhistas devem ser utilizados para pagar as custas do processo em que ocorreu a sucumbência.

Para o legitimado da ADI, as disposições violariam o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB). Entretanto, em seu voto, o relator ministro Luís Roberto Barroso entendeu que não há desproporcionalidade nas regras questionadas, uma vez que a limitação tem como objetivo restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho. Essa sobre-utilização do Judiciário leva, por sua vez, à piora

dos serviços prestados pela Justiça e prejudica os próprios empregados, dado que a morosidade incentiva os maus empregadores a faltarem com suas obrigações, buscando acordos favoráveis no futuro.

Durante seu voto, o ministro Barroso trabalha com a pesquisa empírica e a estatística contida nos relatórios do Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. Aponta que foram ajuizadas, apenas em 2015, cinco milhões de novas ações trabalhistas, comparando com alguns países, como os Estados Unidos com 200 mil ações na seara trabalhista e França com 75 mil.

Aduz ainda que, dos custos para movimentar a máquina judiciária em cada processo, apenas 11% são recuperados por meio de taxas, custas e emolumentos. O restante é pago pela sociedade. Portanto, 89% do custo do Poder Judiciário acaba sendo retirado do erário que poderia ser destinado para outras políticas públicas maximizadoras de direitos fundamentais.

De acordo com dados de 2012 do CNJ, foram gastos R\$ 85 (oitenta e cinco) bilhões de reais com o Poder Judiciário e, 20% (vinte por cento) disso foi para a Justiça do Trabalho. Em outro ponto do voto, Barroso traz estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2015, que indica que 22,6% das ações trabalhistas foram arquivadas ou pelo não comparecimento do reclamante ou pela inépcia da petição inicial no procedimento sumaríssimo. Para Barroso, o custo individual do litígio não pode ultrapassar o custo social.

Denota-se que o ministro Barroso, diferentemente do julgamento do Recurso Extraordinário n. 407.688-8 (penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício), trabalhou efetivamente com pesquisa empírica no Direito, reforçando o *backing* argumentativo de seu voto.

Com efeito, importante estudo sobre a Justiça Trabalhista no Brasil apontou que o excesso de litigância naquela seara tem direta relação com o baixo custo de litigar. (SALAMA; YEUNG; CARLOTTI; 2019, p. 5)

Nesse sentido, importante trazer a lume as considerações feitas por Luiz Fux e Bruno Bodart (2019, p. 37-38) sobre as consequências oriundas da reforma trabalhista:

[A]pós a reforma, houve dramática redução do total de novas ações naquele ramo do Judiciário [...]. Gilberto Santos Ferreira conclui que a Lei n. 13.467/2017 pode ter reduzido o número de ações ao nível real, eliminando o uso desnecessário da Justiça simplesmente por ser gratuita. No longo prazo, o autor conjectura que a reforma poderá proporcionar: (i) diminuição na estrutura da Justiça do Trabalho, provocando redução de custos aos cofres públicos; (ii) maior celeridade no julgamento dos processos ajuizados, pois a diminuição no número de ações levará a uma redução no estoque de processos; e (iii) melhoria nos indicadores de emprego, gerada pela maior segurança jurídica percebida pelas empresas.

Nesse caso, a consequência invocada pelo argumento do ministro Barroso estava amparada em estudo científico, o que dá ao argumento econômico maior sustentação, ou seja, maior força obtida por meio de um *backing* robusto. Os estudos apresentados no voto são o *backing* da regra inferencial segundo a qual as mudanças nos custos do processo trabalhista trouxeram por consequência maior efetividade da jurisdição e melhoria dos indicadores de emprego.

Também o voto do ministro Barroso no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/São Paulo, que analisou a possibilidade de execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, trouxe análise das consequências da decisão a partir de dados coligidos através de pesquisa empírica direta e referencial. A metodologia do voto ilustra bem a repartição entre a análise dos argumentos jurídicos dos pragmáticos, *in verbis*:

[...] o voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do delineamento da controvérsia. A Parte II é dedicada à apresentação dos fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. Por fim, a Parte III expõe os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento, preconizado no voto. (STF, 2012, *on-line*)

Ainda na primeira parte da decisão, traz importantes dados oriundos de pesquisa empírica sobre os recursos extraordinários providos em favor dos réus:

[E]m primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%³. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (RE's e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões⁴. (STF, 2012, *on-line*)

E continua, agora em relação à prescrição oriunda da espera no julgamento dos recursos extraordinários:

[E]m terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à

3 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

4 Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE n. 857130, ARE n. 857.130, ARE n. 675.223, RE n. 602.561, RE n. 583.523, RE n. 755.565, RE n. 924.885, RE n. 878.671, RE n. 607.173, AI n. 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

prescrição da pretensão punitiva⁵ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. (STF, 2012, *on-line*)

Em certo ponto do voto, o Ministro esclarece que os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política, que proporcionaria ao intérprete desempenhar uma atuação criativa – para atribuição de sentido a cláusulas abertas e para realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, cotejando também as consequências práticas de suas decisões. Vertendo linhas a definir o pragmatismo, destaca duas características características relativas ao caso julgado:

[(i)] o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo. (STF, 2012, *on-line*)

Portanto, de grande importância é o voto do ministro Barroso para exemplificar como foi utilizado o argumento consequencialista (do qual é exemplo o argumento econômico) pelo Supremo Tribunal Federal, dentro da estrutura do modelo Toulmin.

Retornando à abordagem inicial, é necessário responder à indagação lançada: é necessário provar os fatos que embasam os argumentos econômicos? Como vimos, não se trata de prova em juízo, já que os dados que embasam os argumentos econômicos não se confundem com os fatos previstos na hipótese

5 De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>.

de incidência da norma. Todavia, esses argumentos devem estar embasados em elementos empíricos que deem sustentação à conclusão de que as consequências decorrentes de uma dada interpretação da norma ocorrerão ou provavelmente ocorrerão.

A Economia e o Direito podem estreitar laços para fins de saturação do argumento e maior legitimidade das decisões judiciais quando relativas a políticas públicas. Contudo, a economia não é uma ciência exata. Não à toa que os modelos econômicos não são considerados definitivos e muitas vezes não se consegue superar ou prever uma crise econômica. Há muitas críticas importantes à utilização de argumentos econômicos no Direito.

5 CRÍTICAS AO USO DE ARGUMENTOS ECONÔMICOS COMO FUNDAMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS

A fim de entendermos as limitações dos argumentos econômicos, convém passar em vista às principais críticas ao seu uso. Essas críticas partem do pressuposto de que a premissa fundamental dos argumentos econômicos é a maximização da riqueza. Assim, a melhor interpretação da lei seria aquela que assegurasse a maximização da riqueza. Bruno M. Salama divide as críticas ao uso de argumentos econômicos como fundamento de decisões judiciais em dois grupos.

O primeiro grupo de críticas ressaltaria as limitações da própria análise econômica positiva⁶, para concluir que, “se a ciência econômica não consegue

6 No artigo “*The art of Law & Macroeconomics*”, *University of Pittsburgh Law Review*, v. 74, issue 2, 2012, Bruno Meyerhof resgata a classificação de John Keynes que por nós será seguida. Tendo sido analisada a forma com que o conhecimento jurídico importa para a formação de políticas macroeconômicas, surge uma questão sobre a natureza dessa relação. Em vista da ampla difusão da literatura de Direito & Economia, estamos habituados a pensar a relação entre direito e economia como sendo baseada na dicotomia entre análise positiva/normativa. Isto é, a pesquisa jurídica que se baseia em modelos econômicos ou está analisando uma descrição de como incentivos afetam o mundo (a dimensão positiva) ou, então, está analisando assuntos de ética aplicada e justiça (a dimensão normativa). A presente seção

sequer prever com grande acuidade os comportamentos em mercados, fora deles, no campo jurídico, o seu desempenho há de ser ainda pior.” (SALAMA, 2008, p. 43)

Sintetizando as críticas, o autor reporta que as hipóteses oriundas da análise econômica do Direito não podem ser testadas porque raramente há bancos de dados disponíveis e idôneos para confirmar tais inferências. Ainda, por levar em conta modelos ideais de comportamento ao invés de dados empíricos, as hipóteses formuladas sobre se determinadas doutrinas jurídicas são conducentes à maximização de riqueza frequentemente não são apuráveis empiricamente.

Outrossim, por variadas questões como a improbabilidade de aferição do bem-estar agregado até o distanciamento cognitivo da maioria dos operadores do Direito sobre a dogmática econômica, traçar um critério normativo como a maximização da riqueza não seria um critério de fácil aplicação e interpretação do Direito que se baliza por casos concretos; e, por fim, considerando-se que o Direito é influenciado pela história e a cultura, que estruturaram seus pilares normativos, os modelos microeconômicos, por serem não históricos e desconsiderarem tais peculiaridades, seriam de difícil aplicação.

Esse primeiro conjunto de críticas tem, em comum, o argumento de que qualquer sustentação que se possa dar a argumentos econômicos (*backing*) será frágil demais para ser levada seriamente em conta.

Um segundo conjunto de críticas é desvelado por Bruno Salama (2008, p. 45). De acordo com o autor, esse segundo grupo de críticas rejeitaria a confusão entre eficiência e justiça com base em argumentos puramente normativos. Elenca, então, os principais argumentos que sustentam sua assertiva:

argumenta que o Direito & Macroeconomia, como aqui concebido, é mais adequadamente enquadrado como uma arte – um exercício voltado a questões aplicadas – do que como uma ciência. Faz-se isso resgatando e explicando a mais útil (mas injustificadamente esquecida) distinção entre economia positiva, economia normativa e a arte da economia, trazida por John Neville Keynes.

[...] (a) a maximização de riqueza não é um valor porque não é um fim em si próprio (ou então, se for um valor, é um valor repugnante à maioria das pessoas e portanto não pode guiar nem as políticas públicas, nem o Direito); (b) diversas liberdades (como a liberdade religiosa) costumam ser defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor; (c) a maximização de riqueza ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade, e por isso é no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador.

Aponta ainda uma quarta inferência crítica relacionada à maximização da riqueza. Seguindo este *standard*, o indivíduo perderia espaço para o bem-estar coletivo. Tal linha de raciocínio, na visão de tais críticos, daria lastro a que teorias racistas ou xenófobas pudessem tornar-se moralmente aceitáveis, “[...] posto que a escravização, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade [...]”. (SALAMA, 2008, p. 45).

Nesse segundo conjunto de críticas, temos o argumento de que as consequências econômicas da aplicação e interpretação da norma jurídica, não seriam fulcrais para o Direito.

Essas críticas são pertinentes, mas não invalidam completamente o uso dos argumentos econômicos. Na verdade, é necessário encontrar um equilíbrio. Em alguns casos, os dados (*backing*) que sustentam um argumento econômico têm força suficiente para serem levados em conta pelas decisões judiciais. Além disso, muitas vezes, como vimos, o alcance de certas consequências econômicas é previsto na própria norma e não podem ser ignorados.

Assim, se é verdade que a maximização da riqueza não pode se sobrepor a outros valores, é verdade também que, em muitos casos deve ser levada em conta, sobretudo quando há previsão normativa que conduza à maximização da riqueza, como é o caso, por exemplo, quando a norma preceitua a máxima eficiência ou o desenvolvimento econômico, ou a redução das desigualdades regionais. Esse,

portanto, é um problema de interpretação da norma e de compatibilização da maximização da riqueza com outros valores normativamente assegurados.

A favor da consideração do argumento consequencialista (*e.g.*, econômico) no Direito brasileiro, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2019, p. 123) pondera tratar-se de um dilema que deve ser decidido pelo aplicador/intérprete constitucional, dentro de um conflito entre fazer o que é correto e aquilo que é bom. Tal conflito é desenvolvido na perspectiva da filosofia moral, pelas teorias deontológicas e teleológicas.

As deontológicas corresponderiam ao ideal de vida humana consistente em agir corretamente segundo as regras e princípios morais, nas quais as ideias de dever e correção seriam temas centrais. Já as teorias teleológicas corresponderiam ao ideal da vida humana consistente na tentativa de satisfação de determinados fins considerados bons, em que a ideia de justo constitui o tema central. Prossegue Ferraz Júnior (2019, p. 123):

[C]omo, porém, essas escolhas em que uma codificação estrita do tipo correto/incorreto, justo/injusto acaba por fracassar como guia de orientação, válvulas de escape tem de ser encontradas. E esse acaba sendo o papel exercido pela ponderação principiológica que, ao tomar princípios como argumentos, não os usa para aumentar uma certeza (no sentido funcional de generalidade, base da presunção de um constituinte racional), mas para aumentar ainda mais a variedade de pontos de vista surgidos do caso a decidir, legitimando novas e novas ponderações de benefícios, interesses, tendo em vista novas e novas consequências.

A questão sobre a possibilidade de interdisciplinaridade entre Direito e Economia é mais ampla e foge dos objetivos estritos propostos neste artigo. De toda forma, é importante diferenciar a defesa intransigente do uso dos argumentos econômicos da possibilidade proporcionada pelos modelos econômicos no enfrentamento adequado das políticas públicas submetidas à cognição judicial.

Por fim, oportuno citar a crítica de Fernando Rodrigues, que considera que a alteração promovida no art. 20 da LINDB não adotou o consequencialismo,

enquanto espécie da teoria da argumentação (MARTINS, 2019). Aduz que tal seria impor aos operadores o descarte das demais possibilidades hermenêuticas. Pondera, no entanto, que o referido dispositivo traria efeitos positivos ao exigir considerações quanto às consequências empíricas (práticas) da decisão, o que enseja comprovação, por parte dos operadores, de sua real e verossímil ocorrência, favorecendo a melhoria da fundamentação dos julgados.

O fato é que a Lei impõe a análise das consequências da decisão. Isso deve ser feito considerando dados objetivos de sustentação ao argumento (*backing*). Juízes e advogados devem evitar a invocação de argumentos consequentialistas se não são capazes de apresentar dados objetivos de sustentação que possam ser verificados e checados pela parte contrária. Não é necessário que tais dados sejam irrefutáveis. A característica própria do método científico é a falsificabilidade. Sendo assim, não se pode exigir que o *backing* invocado como sustentação do argumento econômico seja absolutamente certo; o que se deve exigir é que ele seja transparente, claro e que os dados e métodos possam ser auditados pelas partes.

O problema da prova do argumento econômico não envolve um problema de prova dos fatos relevantes para a incidência da norma, está mais ligado à estrutura do próprio argumento com a utilização de premissas que se baseiam em estudos empíricos e dados que possam ser verificados e falseados pela parte contrária. A força dos argumentos econômicos é, assim, um problema de argumentação jurídica e não um problema de prova dos fatos de acordo com os meios processuais de prova. Nem por isso é menos relevante. Muitas vezes, os argumentos econômicos são usados sem que se apresente um *backing* minimamente adequado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fins desse artigo, chamamos de argumentos econômicos aqueles que abordam, em uma de suas premissas ou na conclusão, uma consequência que a decisão judicial impingirá sobre a economia de modo geral ou sobre o gasto

público, de modo particular. A economia aqui deve ser entendida em sentido amplo, envolvendo todos os âmbitos em que os seres humanos administram recursos escassos.

Os argumentos econômicos têm sido cada vez mais utilizados na prática jurídica brasileira e estão diretamente ligados à argumentação jurídica, à fundamentação das decisões judiciais e ao ativismo judicial. O uso de argumentos econômicos pode encobrir desvios interpretativos, seja pelo afastamento do sentido expresso ou latente da norma, seja pela pressuposição de consequências não suficientemente verificadas ou não passíveis de verificação.

A fim de esclarecer um pouco melhor o uso dos argumentos econômicos é necessário entender suas limitações. A primeira delas diz respeito a reconhecer que algumas consequências da aplicação da norma jurídica são determinadas de modo autônomo pela própria norma. Sendo assim, é a norma e a densificação do seu sentido pelos intérpretes que são determinantes para se estabelecer quais as consequências desejáveis e não o contexto econômico em si mesmo e isoladamente considerado. Ainda que a norma não possa desconsiderar o modo de funcionamento da economia, na maioria das vezes pode conformar esse funcionamento, estabelecendo valores, diretrizes ou objetivos a serem alcançados.

Em suma, há um diálogo e tensão permanente entre a deontologia do Direito e a ontologia da Economia. Esse diálogo não pode ser rompido, *ex ante*, em favor de qualquer dos polos, sob pena de, ao se desconsiderar as leis econômicas, *e.g.*, criarem-se normas concretas inaplicáveis; por outro lado, quando se desconsidera a vontade do legislador para seguir a maximização econômica ou qualquer outro valor divorciado da vontade soberana do povo, haveria uma ameaça à separação dos poderes e ao princípio da democracia com a produção de decisões judiciais ilegítimas.

O uso dos argumentos econômicos, portanto, deve ser compatibilizado com os valores trazidos pela norma jurídica. Além disso, é de fundamental importância que seu uso esteja escorado em fundamentos fáticos substanciais,

como estudos empíricos ou base de dados transparentes que possam ser verificados pelas partes em litígio e pela sociedade como um todo. Do contrário, o argumento econômico torna-se fraco e contribui apenas para deslegitimar a decisão judicial e seu prolator.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 1009, p. 1-9, nov. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017a.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017-b.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Senado, 1999.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 407.688-8**. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/São Paulo**. Relator: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.aspbase=ADI&documento=13465868&s1=5766&numProcesso=5766>. Acesso em: 30 dez. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Consequencialismo, Neoconstitucionalismo e Argumentação Jurídica. *In: Adilson Abreu Dalari et al. Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil & Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. Positivismo, Subjetividade e Consequencialismo. Consequencialismo, Neoconstitucionalismo e Argumentação Jurídica. *In: Adilson Abreu Dalari et al. Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decisions under risk. **Econometrica: Journal of the Econometric Society**. v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1914185?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Acesso em: 30 dez. 2020.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb>. Acesso em: 30 dez. 2020.

NOVAIS, Aline Lima Melo. Direito, democracia e economia: a democracia pragmática de Richard Posner. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina, n. 1, v. 6, p. 96-115, 2019.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 262, jan./abr. 2013. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/80/. Acesso em: 30 dez. 2020.

POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**. v. 100, n. 3, p. 519-556, June 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. The Art of Law & Macroeconomics. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 74, p. 1-37, 2012. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/the-art-of-law-macroeconomics-janeiro-de-2013.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2020.

SALAMA, Bruno; CARLOTTI, Danilo; YEUNG, Luciana. Quando litigar vale mais a pena do que fazer acordo: os grandes litigantes na justiça trabalhista. **FGV Working Paper - série: o judiciário destrinchado pelo 'big data'** (2019). Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio2-litiganciajtfinal_fgv.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2020.

TIMM, Luciano Benetti *et al.* **Direito e Economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SUBMETIDO: 30/12/2020

APROVADO: 12/04/2021