

Economic Analysis of Law Review

Análise Econômica do Direito em Face da Jurisdição Constitucional no Brasil: Exame Baseado nas Concepções de Posner e Dworkin

Economic Analysis Of The Law In The Face Of The Constitutional Jurisdiction In Brazil: Examination Based On The Conceptions Of Posner And Dworkin

Isadora Beatriz Teixeira Carlos¹
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Vivian Amaro Czelusniak²
Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba

RESUMO

O presente artigo analisa a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito na jurisdição constitucional no Brasil tendo como base as concepções de uso dessa teoria nas decisões judiciais de Richard Posner e Ronald Dworkin. Primeiramente, serão apresentadas brevemente as concepções de Posner e Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito. Posteriormente, serão feitas breves considerações a respeito da função da jurisdição constitucional no Brasil, seu objeto e sua legitimidade no Estado Democrático de Direito. Mediante análise bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, far-se-á uma análise da possibilidade de aplicação da Análise Econômica do Direito nas decisões de casos difíceis na jurisdição constitucional brasileira.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Jurisdição Constitucional. Brasil. Posner. Dworkin.

JEL: K1;

ABSTRACT

This article analyzes the applicability of the Economic Analysis of Law in the constitutional jurisdiction in Brazil based on the conceptions of the use of this theory in the judicial decisions of Richard Posner and Ronald Dworkin. Firstly, Posner and Dworkin's conceptions of Economic Law Analysis will be briefly presented. Subsequently, brief considerations will be made regarding the role of constitutional jurisdiction in Brazil, its object and its legitimacy in the Democratic State of Law. Through a bibliographical analysis and using the deductive method, an analysis will be made of the possibility of applying the Economic Analysis of Law in the decisions of difficult cases in the Brazilian constitutional jurisdiction.

Keywords: Economic Analysis of Law. Constitutional Jurisdiction. Brazil. Posner. Dworkin.

R: 29/05/18 **A:** 27/12/19 **P:** 31/12/20

¹ E-mail: isadorateixeira.c@gmail.com

² E-mail: vivian.amaro@gmail.com

1. Introdução

A Análise Econômica do Direito é assunto em pauta na academia jurídica, mas por conta de escassez de trabalhos desenvolvidos nacionalmente e a necessidade de leitura, interpretação e compreensão de doutrinas estrangeiras, é tido com muito receio e os juristas brasileiros que se aventuram em seu estudo e produção são recepcionados com incerteza.

Dessa forma, tendo em vista a relevância dessa teoria para melhor decidir-se judicialmente e a importância que a Análise Econômica do Direito representa na investigação de todas as situações jurídicas fáticas, principalmente as que envolvem qualquer espécie de interdisciplinaridade, como, por exemplo, entre o Direito e a Política e o Direito e a Economia (origem da Análise Econômica do Direito), é que surge a reflexão quanto a real aplicabilidade dessa teoria na jurisdição brasileira.

Considerando a extensão e abrangência do tema, um recorte para melhor analisá-lo em um trabalho breve foi adotado e empregado. Assim, a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito na realidade do ordenamento jurídico brasileiro será analisada observando brevemente as concepções de Richard Posner e Ronald Dworkin, nomes relevantes quanto a essa teoria.

Para tanto, será analisada essa aplicabilidade na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira, pois mostra-se uma área relevante a qualquer análise jurídica atualmente, a julgar por sua amplitude de atuação.

Mediante a análise bibliográfica referente aos autores mencionados e demais doutrinas concernentes à jurisdição constitucional no Brasil, far-se-á uma análise da possibilidade de aplicação da Análise Econômica do Direito nas decisões de casos difíceis na jurisdição constitucional brasileira.

2. Concepções de Posner e Dworkin

O Direito e a Economia tiveram algumas coincidências em suas trilhas na construção de sua cientificidade (ARAÚJO, 2017, p. 32). Na aparente dificuldade de um estudo científico do Direito, a Economia parece uma forma de trazer este ao caminho da cientificidade, mesmo que as duas disciplinas autônomas possuam visões diferentes e discursos divergentes quanto as metodologias aplicadas (ARAÚJO, 2017, passim).

A Economia sempre possuiu uma vertente muito forte do utilitarismo, na busca pela maximização da satisfação pessoal, posteriormente vislumbrando-se o advento da análise do consequencialismo, em uma ponderação quanto as possíveis consequências de escolhas econômicas e suas repercussões; entretanto a Economia sempre buscou a análise anterior à ação, em uma tentativa de antever as possibilidades e desdobramentos. Por outro lado, o Direito possui uma relação forte com a busca pelo mais correto e uma análise posterior ao que é decidido, não antevendo, mas analisando o que já está posto (ARAÚJO, 2017, passim).

Essas duas disciplinas autônomas com metodologias muitas vezes antagônicas mostram-se compatíveis em uma construção interdisciplinar. A interdisciplinaridade não é a mistura imprecisa das duas disciplinas autônomas, mas, como afirma Thiago Cardoso Araújo, é a integração das matérias e a formação de um projeto específico de pesquisa que não se confunde com as metodologias aplicadas de forma autônoma nas disciplinas (ARAÚJO, 2017, p. 57).

A relação entre Direito e Economia no estudo e análise de institutos jurídicos e situações políticas pode ser vislumbrada em diversas obras e nomes de destaque, como Hobbes, Adam Smith e Gary Becker (GODOY, 2014, não p.).

Assim, também da interdisciplinaridade entre Economia e Direito surge a chamada Análise Econômica do Direito, que possui sua origem comumente associada à *Escola de Chicago* e ao precursor trabalho de Ronald H. Coase, “*The Problem of Social Cost*” de 1960, que, juntamente ao trabalho de Guido Calabresi, um dos pioneiros na aplicação da Economia ao Direito, foi um marco do momento em que uma teoria econômica sobre o Direito comum surgiu.

Coase em seu referido artigo demonstra que negociações privadas podem resolver problemas sobre os quais anteriormente se pensava só poderem ser solucionados por regulação estatal. Assim, através de exposição de casos concretos e análises de possíveis soluções, encerra seu trabalho afirmando ser necessária uma mudança na abordagem dos problemas para encontrar as melhores soluções através de uma análise mais ampla das questões, pois o custo de exercer um direito é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício desse direito e ao se escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total (COASE, 1960, p. 1-44).

Outro autor de realce à essa expressão de interdisciplinaridade, que respaldou-se na contribuição singular de Coase, foi Richard A. Posner, com seu livro “*Economic Analysis of Law*” de 1973, que ajudou a construir a *Escola de Chicago* da Análise Econômica do Direito, qual teve seus conceitos fundamentais advindos dessa relevante obra que sobreleva que o uso da Economia na investigação do Direito pode realçar a Economia “como um meio de entender práticas sociais e dirigir suas reformas” e proporciona a percepção do Direito como um sistema (ARAÚJO, 2017, p. 70-71).

Segundo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, em trabalho que sintetiza as contribuições de Richard A. Posner na Análise Econômica do Direito:

A análise econômica do direito revela-se em aspectos positivos (descritivos) e normativos. Pretende explicar e prever o comportamento dos agentes do sistema normativo (especialmente juízes, de onde o vínculo com o realismo jurídico norte-americano); ocupa-se também com aspectos procedimentais e institucionais dos sistemas normativos. No limite, há função também transformadora, no sentido de que a análise econômica do direito também se presta para melhorar o ambiente normativo. Posner constata também que a desregulamentação e o livre mercado devem muito ao empreendimento conjunto dos teóricos norte-americanos da análise econômica do direito. (GODOY, 2014, não p.)

Dessa forma, é notável que para Posner a Análise Econômica do Direito pode auxiliar no desenvolvimento do Direito e na própria forma de aplicação dos institutos jurídicos. Assim, essa aplicação da Análise Econômica do Direito pode contribuir enormemente na solução dos chamados casos difíceis, como destaca Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

Posner também acredita que a abordagem econômica do direito geralmente dissolve antinomias marcadas por forte disputa; para Posner, a racionalidade implica em tomada de decisões, ainda que as pessoas decidam em condições de profunda incerteza. Doutrinas jurídicas e princípios econômicos, segundo Posner, poderiam convergir em fórmulas institucionais simétricas: todos ganhariam. (GODOY, 2014, não p.)

Em “*Overcoming Law*”, obra de Richard A. Posner de 1995, traduzida no Brasil como “*Para além do Direito*”, o autor analisa o comportamento dos profissionais do Direito, a teoria

constitucional, a natureza do raciocínio jurídico, o pragmatismo jurídico, entre outras abordagens acerca do ramo jurídico e suas interdisciplinaridades.

A referida obra de 1995 mostra-se marcante no tocante a discussão do pragmatismo no Direito, essa corrente que entende o conhecimento relacionado à ação humana e seu êxito prático como comprovação de validade de saber racional, uma abordagem prática instrumental não essencialista, e que tem atitude ativista, mas que não vincula necessariamente o juiz ao ativismo.

O pragmatismo é defendido pelo autor na forma de um pragmatismo empírico, que se preocupa com os fatos, mas que guarda ceticismo diante de afirmações na obtenção da verdade final sobre qualquer coisa, não sendo constante e homogêneo (POSNER, 2009, *passim*).

Para Posner, a Análise Econômica do Direito, em sua forma pragmática, considera os custos e benefícios ainda em aberto; as abordagens econômica e pragmática poderiam ser consideradas incompatíveis, mas se mostram harmonizáveis para a formação de uma nova forma de ver e aplicar o Direito. Dessa forma, as normas jurídicas devem ser vistas como instrumentais à análise dos fatos para decidir o Direito (POSNER, 2009, *passim*).

Nesse sentido, o pragmatismo no Direito pode ser utilizado para afrontar as demais teorias sobre a forma de emprego do Direito, mas também mostra-se profícuo à aproximação do Direito acadêmico à ciência social, ainda, para que os juízes exerçam suas funções de forma mais científica, buscando não a solução do caso em si, mas sim evitar o encerramento de debates não concluídos (POSNER, 2009, *passim*).

Assim, segundo Richard A. Posner, o pragmatismo manifesta-se como uma barreira ao formalismo, incitando uma análise e investigação por parte dos juízes menos superficiais e mais realistas e factuais do que conceituais, servindo à necessidade humana, não o reverso. À vista disso, o pragmatismo é uma forma de enxergar a relação do Direito com o que ele ambiciona resolver, podendo incentivar o uso de diferentes técnicas e teorias para analisar os casos concretos, não se resumindo, portanto, a abordagem puramente econômica (POSNER, 2009, *passim*).

Outro autor que parte de algumas considerações trazidas por Ronald H. Coase para perpassar em sua obra por uma investigação quanto à Análise Econômica do Direito, autor esse que se mostra de destaque à análise do Direito como um todo e estudo das decisões judiciais no que se refere principalmente aos casos difíceis, é Ronald Dworkin.

O autor, do movimento pós-positivista, é um dos principais críticos do pragmatismo jurídico, principalmente quanto à objetividade dessa teoria interpretativa do Direito. Portanto, as contribuições mais relevantes de Dworkin ao estudo da Economia no Direito partem de suas críticas ao movimento de interdisciplinaridade entre Economia e Direito e à teoria de Posner, que fizeram com que Richard A. Posner então convertesse-se ao pragmatismo jurídico a fim de escudar sua teoria frente às ponderações realizadas pelo crítico (SILVA, 2017, p. 107).

Dworkin, em seu célebre livro “*Law’s Empire*” de 1986, traduzido no Brasil como “*O Império do Direito*”, problematiza as concepções de justiça, Direito e moral, perpassando a questão da razoabilidade e da interpretação do Direito, preocupando-se com as decisões jurisdicionais nos casos difíceis e a utilização de argumentos de princípio e argumentos de política nessas decisões.

Em sua obra, mais especificamente no capítulo VIII, o autor dedica-se à interpretação econômica da lei sobre acidentes na busca de uma justificativa para o princípio de “previsão razoável”. Assim, vale-se do postulado interpretativo que surge na Inglaterra e Estados Unidos: a

teoria ‘econômica’ do direito por danos involuntários, que vem a ser a Análise Econômica do Direito através da interpretação das decisões tomadas por juízes em acidentes, ilícitos civis e danos não intencionais, que através do princípio econômico buscam ser menos dispendiosas para a comunidade (DWORKIN, 1999, *passim*).

Para o autor, nessa análise de danos involuntários, na decisão dos casos difíceis, o juiz dele levar em conta todos os custos de transação para decidir o caso concreto, mas sempre decidir tendo como norte a melhor escolha para a riqueza da comunidade³, em uma Análise Econômica sofisticada e mais sensível ao equilíbrio econômico concreto. Para tanto, o juiz não deve em sua decisão escolher uma das partes da relação jurídica, mas sim balancear o que pode ser remodelado para que a riqueza da comunidade seja favorecida. Entretanto, as decisões devem passar por um teste de razoabilidade tendo em conta a jurisdição e a legislação aplicável, adequando-a à prática interpretada e de forma a justificar a decisão, levando em conta a moralidade (DWORKIN, 1999, *passim*).

Considerando as importantes concepções de Richard Posner e Ronald Dworkin, apresentadas brevemente, e os apontamentos sobre a aplicação da Análise Econômica do Direito às decisões difíceis pretendendo uma decisão mais acertada, justa e eficiente ao caso concreto, mostra-se relevante a contextualização desta Análise Econômica na realidade da jurisdição constitucional brasileira, tendo em conta que as teorias aqui trazidas foram construídas tendo por base a *Common Law*.

3. Jurisdição Constitucional no Brasil

A Constituição Federal de 1988, lei máxima que regula e organiza o funcionamento do Estado brasileiro, adota como modelo o Estado Social e Democrático de Direito e tem sua legitimidade disciplinada na concretização da democracia e na realização dos direitos fundamentais, seus pilares de convivência imperativa, haja vista a imprescindibilidade para existência e realização mútua (STRECK, 2002, p. 104).

Além disso, o Estado brasileiro destina-se a assegurar a justiça como valor de uma sociedade pluralista, que tem como fundamento a estreita vinculação aos direitos fundamentais e compromete-se constitucionalmente com os direitos sociais, tendo como fim a realização de um determinado projeto social previsto constitucionalmente.

Assim, a Constituição depende precipuamente de mecanismos que assegurem condições que possibilitem a efetivação desse modelo de Estado e de todo seu conteúdo; a instrumentalização dos valores constitucionais e a verificação da concretização desses valores que acontecem “através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional” (STRECK, 2002, p. 99).

Com os novos valores trazidos pelo estabelecimento de um Estado mais social através da promulgação da Constituição Federal de 1988, destinado a assegurar o exercício de direitos, fundado na democracia e no respeito à dignidade da pessoa humana e a todos os direitos

³ A riqueza da comunidade “é o valor de todos os seus bens e serviços, e o valor de alguma coisa é a quantidade máxima em dinheiro, ou o valor em dinheiro, que alguém está disposto a pagar caso tenha condições de fazê-lo”, e as transações comerciais aumentam essa riqueza. Cf. DWORKIN, Ronald M. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 1999, p. 334.

fundamentais, o Poder Judiciário assume função de controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo e de assegurar o cumprimento das normas constitucionais.

Assim sendo, a justiça constitucional tem um papel no Estado, pois confronta os Poderes, e tem seus limites através da jurisdição constitucional (STRECK, 2002, p. 101); uma vez que a jurisdição constitucional mostra-se como elemento do sistema de medidas que tem como objetivo assegurar o regular exercício das funções estatais, que são atos jurídicos de criação de normas jurídicas ou execução dessas (KELSEN, 2003, p. 123-124).

Diante do caráter compromissário e da força normativa da Constituição garantida no Estado Democrático de Direito é que ocorre, às vezes, “um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional” (STRECK, 2002, p. 32).

Nessa lógica, Luís Roberto Barroso, destaca que a expressão jurisdição constitucional descreve a interpretação e aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de leis e demais atos do Poder Público e das normas infraconstitucionais (BARROSO, 2014, p. 3-4).

Nesse sentido, Ingo Sarlet salienta que o papel da jurisdição constitucional vai além do controle de proteção das pessoas contra os abusos dos poderes estatais, pois ela inclui também uma atuação positiva no sentido de conferir a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais, utilizando como instrumentos a interpretação e a integração. Assim, considera-se não uma faculdade, mas um dever dos magistrados efetuarem a interpretação e a integração da lei, conforme os preceitos fundamentais previstos na Lei Maior. (BAEZ, 2014, p. 54)

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional tem o dever de, além de apenas garantir os direitos fixados no ordenamento, estabelecer posições jurídicas que aproximem a norma da realidade e possibilitem o alcance dos objetivos do Estado (STRECK, 2002, p. 34-35).

A Constituição é a norteadora de toda atuação estatal, sendo a maior e primordial garantia à vinculação e proteção dos direitos fundamentais, do princípio democrático e da legitimidade dos Poderes.

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade. (BONAVIDES, 2004, não p.)

A ideia de Estado Democrático traz implicitamente o conjunto de questões referentes à tensão existente entre jurisdição e legislação, e, conseqüentemente, a legitimidade da atuação da justiça constitucional fundamenta-se no caráter existencial desse Estado, que é a democracia em sua visão contemporânea, demarcada pela tradição do segundo pós-guerra (STRECK, 2002, p. 102, 106).

A complementariedade entre democracia e Estado de Direito é a ideia inicial que justifica a legitimidade da justiça constitucional, pois a democracia identifica-se na soberania popular e o Estado de Direito na supremacia da Constituição, respeito aos direitos fundamentais e no controle jurisdicional da atuação estatal (MORAES, 2003, p. 67).

Tendo em conta o papel da jurisdição constitucional na proteção e efetivação da Constituição e a importância do texto constitucional na delimitação da dimensão das responsabilidades dessa jurisdição, ao analisarmos o ordenamento brasileiro e, principalmente, a Constituição de 1988, vinculante, dirigente e compromissória, infere-se que a jurisdição constitucional é a principal garantia da força normativa da lei máxima do Estado brasileiro (FISCHER, 2002, p. 9).

No Brasil, é de conhecimento geral e, principalmente, dos estudiosos da política e do direito, que existe um baixo índice de atendimento dos princípios e direitos fundamentais para com grande parte da população. Assim sendo, a atuação da jurisdição constitucional “é imprescindível para a realização dos direitos constitucionais que ficam frequentemente desamparados diante da inércia dos poderes Legislativo e Executivo” (BAEZ, 2014, p. 54).

Dessa forma, “[...] reclama-se um Poder Judiciário mais ativo e que seja capaz de responder aos anseios da população na busca pela concretização de todos os direitos consagrados pela Constituição de 1988” (FISCHER, 2002, p. 18).

A atuação da jurisdição constitucional legitima-se e limita-se, ao mesmo tempo, pelo texto constitucional; suas decisões não podem ser extremamente discricionárias, para que não haja violação dos princípios basilares da Constituição e do Estado Democrático de Direito (BAEZ, 2014, p. 55).

A Constituição Federal deve ser tutelada e observada por todos os Poderes estatais, mas o próprio texto constitucional optou por “confiar a sua guarda e tutela, especialmente, ao Poder Judiciário e, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal” (FISCHER, 2002, p. 10).

Apesar de todas as instâncias do Poder Judiciário estarem entrelaçadas ao dever de guardar a Constituição e exercer, em certa medida, a jurisdição constitucional, vê-se que é o STF o principal órgão a exercer a jurisdição constitucional no Brasil, haja vista não estar subordinado aos demais órgãos do Estado e dever obediência somente à Constituição Federal (MORAES, 2003, p. 214).

O Supremo Tribunal Federal verifica a constitucionalidade das disposições infraconstitucionais, podendo, para isso, realizar uma interpretação restritiva dos princípios e direitos constitucionais concernentes ao caso em análise, adotando, assim, “uma postura de cunho eminentemente *jurisdicional*” sem abranger em sua atuação a função social, deixando as questões de “tensão social” sem resposta; ou pode priorizar por exercer sua atividade de forma mais expansiva, em análise mais abrangente de seu papel constitucional, “levando a uma atuação de cunho *político constitucional*, de forma a dar uma resposta para o problema que os órgãos democraticamente eleitos não conseguiram obter de forma satisfatória” (BAEZ, 2014, p. 52-53).

Diante disso, ao atuar de forma mais abrangente exercitando uma feição mais política, a jurisdição constitucional estaria, do ponto de vista adotado por este trabalho, exercendo sua competência constitucionalmente determinada de forma mais condizente com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado Social e Democrático de Direito, haja vista que para o Estado brasileiro o papel social dos Poderes é relevantemente presente no texto constitucional.

Apesar de reverenciar a respeitável contribuição de Ronald Dworkin quanto à fundamentação das decisões judiciais⁴, é manifesto que este pensamento não pode ser aplicado de

⁴ Ronald Dworkin reconhece legítimas as decisões do Poder Judiciário baseadas em princípios. Sendo política, para o autor, o “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” e princípio “um padrão que

forma integral na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta que sua obra foi desenvolvida analisando a estrutura jurídica da *Common Law*, principalmente Estados Unidos e Grã-Bretanha, e no Brasil se adota a estrutura jurídica da *Civil Law*.

Constata-se que no Brasil argumentos de política também são argumentos de princípio, “pois uma decisão baseada no *bem estar social* pode ser tão válida quanto uma outra, apoiada em um direito individual”, dado que a Constituição Federal ao adotar como modelo o Estado Social e Democrático de Direito adere até quatro dimensões de direitos, não limitando-se aos direitos individuais, sendo que essas diferentes dimensões de direitos podem até mesmo entrar em conflito (FISCHER, 2002, p. 41).

Mesmo que socialmente se espere e até se exija uma atuação mais abrangente da jurisdição constitucional brasileira no esforço para concretização dos direitos e princípios constitucionais, a Constituição Federal ao indicar em diversas passagens de seu texto a necessária intervenção da jurisdição constitucional, não incentiva o ativismo judicial, mesmo colocando o Poder Judiciário em papel de destaque para a conquista dos objetivos do Estado, portanto suas decisões não podem ser agudamente discricionárias (BAEZ, 2014, p. 60).

Em se tratando da jurisdição constitucional e do papel do Supremo Tribunal Federal no Estado brasileiro, destaca-se que este é “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático” e que *eventual* atuação contramajoritária da jurisdição constitucional em defesa dos postulados da Constituição Federal deve ser a favor da democracia (BARROSO, 2014, p. 14).

Destarte, a jurisdição constitucional não é puramente contramajoritária, contudo possui um caráter contramajoritário ligado à sua representatividade, mas não tem sua atuação limitada a essa característica, mas sim adstrita aos propósitos constitucionais com objetivo de assegurar o regular exercício das funções estatais e, no sensível deslocamento das decisões dos demais poderes à sua competência, assegurar a melhor forma de todos os direitos serem atendidos e garantidos.

4. Análise Econômica do Direito em Face da Jurisdição Constitucional no Brasil

A inegável importância da interdisciplinaridade entre Direito e Economia, principalmente na forma da Análise Econômica do Direito, estimula os juristas, estudantes e teóricos do Direito a aplicá-la sempre que possível ou ao menos considerá-la em suas abordagens. A Análise Econômica do Direito trouxe importantes contribuições à aplicação do Direito muito antes de seu levante em 1960 e das obras paradigmas de Calabresi, Coase, Posner e Dworkin.

Mas, tendo em vista que a teoria de maior consideração e destaque pela ciência jurídica quanto a essa interdisciplinaridade Direito/Economia foi a Análise Econômica do Direito e considerando a importância das teorias de Richard Posner e Ronald Dworkin, que, como anteriormente mencionado, são de movimentos diferentes e possuem uma interrelação de crítica e transmutação em suas teses, partimos delas na nossa reflexão quanto a sua aplicabilidade na jurisdição brasileira, através do estudo baseado no instituto da jurisdição constitucional, a nosso ver, a mais ilustre manifestação de competência jurídica dentro da Constituição Federal brasileira.

deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Partindo da concepção de Estado adotada pela Constituição Federal de 1988, qual seja, o Estado Social e Democrático de Direito que possui como propósito a realização de um determinado projeto social, o pleno atendimento dos direitos fundamentais e o fomento à democracia, vê-se que a jurisdição constitucional no Brasil tem o dever de, além de garantir os direitos estabelecidos, também erigir posições jurídicas a fim de harmonizar a norma com a realidade, possibilitando o alcance dos objetivos do Estado.

Nessa lógica, a Análise Econômica do Direito seria uma forma de concretizar esse dever amplo que vai além da aplicação do Direito, requerendo decisões jurídicas adequadas à realidade e ao caso concreto.

Entretanto, essa teoria interdisciplinar não parece, historicamente, ter sido recebida com entusiasmo pelos juristas brasileiros além dos campos do Direito Financeiro e do Direito Econômico, mas aos poucos a Análise Econômica do Direito foi sendo difundida e admitida no Brasil (MARTINS, 2017, não p.).

A dificuldade de propagação dessa teoria no Brasil se dá por diversos aspectos. Dois dos fatores trazidos por José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, que explicam a influência da Análise Econômica do Direito avançar a passos lentos na esfera jurídica pátria, são: as divergências existentes entre a ciência jurídica e a prática jurídica no mundo civil e a maior potência dos tribunais estadunidenses se comparados aos tribunais do Brasil. Mas, segundo o autor, “Ainda assim, é notável o aumento do número de decisões que aplicam a Análise Econômica do Direito para se chegar a um veredicto justo e de estudiosos sobre o tema” (MARTINS, 2017, não p.).

De fato, vemos que o estudo do Direito, ou seja, o Direito como ciência, mostra-se sempre muito distante da realidade dos tribunais e decisões jurídicas em concreto, o que vai de encontro ao objetivo da Análise Econômica do Direito, que pretende, segundo Richard Posner, uma investigação mais realista e factual do Direito pelos magistrados para resolver o caso concreto, em um exercício funcional mais científico a fim de atender à necessidade e não apenas professar uma decisão técnica.

Ainda, quanto à força de atuação e de influência factual dos tribunais brasileiros, é de domínio popular a dificuldade enfrentada na efetivação da legislação e das decisões judiciais em alguns casos, mas esse ponto específico, por sua relevância e imprecisão, merece dedicação exclusiva de investigação para a emissão de qualquer opinião segura, não sendo o foco no presente trabalho.

Considerando a concepção de Análise Econômica do Direito de Richard Posner, de que essa pode ser uma forma de incitar os magistrados à uma aproximação factual e uma análise menos superficial e muito mais realista a fim de resolver o caso concreto com maior prestabilidade, e as características da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, essa, a jurisdição constitucional brasileira, aceita o exercício da referida teoria em sua atuação.

Além disso, em nossa leitura, entendemos que a atuação do Supremo Tribunal Federal, como já dito, órgão mais relevante da jurisdição constitucional pátria, ao poder exercer sua atividade de forma mais expansiva e abrangendo em sua atuação a função social de forma condizente com a Constituição Federal de 1988, também seria incentivada a realizar uma Análise Econômica do Direito no exercício de suas incumbências, considerando que a aplicação dessa teoria nas decisões dos casos difíceis muitas vezes objetiva o atendimento não apenas da lei em abstrato, mas sim a funcionalidade dos princípios declarados na Lei Maior e, como o caso da jurisdição constitucional, a viabilização do atendimento em concreto dos objetivos do Estado.

Dessa forma, partindo dos pressupostos aqui apresentados, a Análise Econômica do Direito nas decisões concernentes à atuação da jurisdição constitucional no Brasil não só é possível como mostra-se também uma necessidade em várias decisões de casos difíceis a fim de ter seus propósitos constitucionais atendidos, mesmo que em uma atuação não ativista, mas sim buscando a solução do caso concreto da forma mais eficiente segundo os princípios do ordenamento jurídico brasileiro e os objetivos do Estado constantes na Constituição.

A concepção de Análise Econômica do Direito de Ronald Dworkin aqui comentada é a que profere que na decisão dos casos concretos e dos casos difíceis o magistrado deve levar em conta as especificidades factuais a fim de decidir de forma a realizar a melhor escolha para a riqueza da comunidade, não devendo apenas escolher um dos lados para assistir-lhe razão em sua decisão, mas sim compor a melhor decisão que realmente engrandeça a situação real como um todo, expandindo os proveitos e benefícios desta.

À vista da interpretação de Dworkin quanto ao uso da Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais e de sua ponderação quanto à razoabilidade de acordo com a jurisdição e legislação aplicável, manifesta-se adequada a ilação de que a utilização dessa teoria nas decisões da jurisdição constitucional brasileira é possível e validada pela competência exarada pela Constituição Federal no que se refere a essa jurisdição em específico.

Ou seja, a jurisdição constitucional brasileira não exige a elaboração de decisões jurídicas apenas técnicas no que se refere à escolha de um dos lados da relação jurídica para assistir-lhe razão e declarar sua vitória, mas sim ponderações tecnicamente fundamentadas que melhor componham a decisão mais acertada ao caso concreto, sempre tendo em vista a Constituição Federal e os objetivos do Estado. Essas ponderações não limitam-se apenas ao encaixe do direito que mais se assenta a decisão e que é mais simples de visualizar, mas sim uma ponderação de fato que leva em conta demais aspectos da realidade concreta e os desdobramentos de cada decisão possível.

Quanto à teoria de Dworkin, cita-se a sua não aplicabilidade integral na realidade jurídica brasileira, tendo em vista a diferença de sistemas jurídicos existentes; o autor constrói sua teoria baseando-se na *Common Law* e no Brasil o sistema jurídico praticado é o *Civil Law*.

Essa cautela na aplicação da teoria de Dworkin na realidade brasileira, seja quanto a argumentação das decisões judiciais baseando-se em argumentos de princípios e em argumentos de política, como já mencionado, ou quanto à sua concepção de Análise Econômica do Direito, também é aplicável a Posner, pois os dois autores examinam sistema jurídico diverso do Brasil.

Nesse seguimento, temos importante esclarecimento de José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, com o qual concordamos:

As dificuldades apontadas, todavia, não são de todo descartáveis por mera discriminação ou desinteresse na evolução do pensamento jurídico pátrio. Deve-se levar em consideração que a *Law & Economics*, no modo como nos é apresentado, reflete as condições e institutos jurídicos do sistema da *common law*, berço de seu desenvolvimento. Nesse sentido, algumas das conclusões podem ser aproveitadas parcialmente, haja vista haver incompatibilidade com o sistema jurídico de *civil law* adotado pelo Brasil. (MARTINS, 2017, p. não p.)

Sendo assim, baseando-se nas concepções desses dois autores renomados que tratam da Análise Econômica do Direito, principalmente quanto às decisões judiciais, em face dos apontamentos relevantes a respeito das características da jurisdição constitucional do Brasil nota-se valorosa, primordial e desejável a implantação do método que desfruta da Análise Econômica

do Direito e sua forma de observação e reconhecimento das circunstâncias como um todo, da realidade fática de forma ampla e da composição de racionalidades concretas, na construção das decisões judiciais a serem mais eficientes e proveitosas ao caso concreto.

Portanto, é importante e desejável que a Análise Econômica do Direito avance no Brasil. Todavia, não se pode delegar a ela a determinação dos objetivos perseguidos pelo Direito para a realização de justiça (social), uma vez que em seu conteúdo está, naturalmente, a promoção mais eficaz e efetiva de um objetivo já pré-determinado.

Por isso, é imprescindível que previamente estejam bem posicionadas as peculiaridades que devem ser considerados, quais sejam, direitos e especificidades do caso, para que a *Law & Economics* auxilie posteriormente com a medida que concretize a justiça diante do caso concreto consoante esperado pela sociedade. (MARTINS, 2017, não p.)

Por conseguinte, a Análise Econômica do Direito deve ser aplicada com cautela nas decisões judiciais brasileiras, em especial no que se refere à jurisdição constitucional do Brasil, que é tão particular e que acumula mais do que a função técnica jurídica, mas exige dos magistrados de sua corte máxima, o Supremo Tribunal Federal, uma atuação também social; portanto as consequências das decisões devem ser consideradas, em uma Análise Econômica do Direito exercida com prudência e responsabilidade, e que, interessantemente, reflete uma importante característica da ciência econômica tida como disciplina autônoma: o consequencialismo.

5. Conclusão

O presente buscou considerar a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, em especial a jurisdição constitucional, observando brevemente e diminutamente as concepções de Richard Posner e Ronald Dworkin.

A Análise Econômica do Direito possibilita uma apreensão mais abrangente quanto as peculiaridades do caso concreto para que assim seja possível formular as diferentes formas de contemplar a situação jurídica em análise, na busca pela seleção da decisão mais eficiente em cada caso.

As concepções de Richard Posner e Ronald Dworkin sobre essa teoria, mesmo que opostas quanto a aplicação do pragmatismo, a qual Posner mostra-se favorável e Dworkin contrário, mostram-se compatíveis e harmônicas em relação a aplicabilidade nas decisões judiciais, em especial nos casos difíceis.

Essa compatibilidade pode ser vislumbrada em especial quanto às considerações de necessidade de uma decisão e/ou um magistrado levar em conta a realidade fática do caso concreto a ser decidido, analisar os possíveis desdobramentos antes de tomar uma decisão e ter em vista, principalmente, as consequências mais consideráveis dessa decisão.

Ambas as doutrinas buscam a aplicação da Análise Econômica do Direito na busca de decisões mais úteis, proveitosas e eficientes, que verdadeiramente atendam ao caso concreto e a necessidade de intervenção judicial na relação jurídica existente.

Quanto a aplicabilidade dessa teoria na realidade da jurisdição constitucional no Brasil, a julgar por sua atuação mais extensa, não adstrita apenas a justaposição de fundamentos técnicos jurídicos, mas na busca de decisões que de fato atendam as necessidades concretas e os objetivos do Estado como um todo, em fundamentações mais próximas a realidade e que, sem fugir do

jurídico, possam ser de fato eficientes e eficazes, mostra-se aproveitável e vantajosa a uma verificação mais precisa e autêntica do Direito e da realidade factual.

Portanto, em que pese a atuação da jurisdição constitucional no Brasil admitir e requerer decisões de cunho mais social, não vinculadas estritamente a promoção dos direitos individuais, baseando-se nas concepções de Richard Posner e Ronald Dworkin, principalmente quanto às decisões judiciais, e em face dos apontamentos relevantes a respeito das características da jurisdição constitucional do Brasil, conclui-se, dentro deste recorte, que a Análise Econômica do Direito é aplicável à jurisdição constitucional brasileira, especialmente no que se refere às deliberações e decisões dos casos difíceis.

6. Referências

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise econômica do Direito no Brasil**. Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: A tênue fronteira entre o Direito e a Política. Migalhas, 05 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdicao+Constitucional+A+tenu+fronteira+entre+o+Direito+e+a>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 18 ago. 2017.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**. v. III, p. 1-44, 1960.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 1999.

FISCHER, Octávio Campos. **A manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e alguns reflexos no direito tributário**. 2002. 250 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Richard Posner e a tradição da análise econômica do Direito. **Consultor Jurídico**, 28 set. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-28/embargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Análise Econômica do Direito é instrumento de Justiça social. **Consultor Jurídico**, 10 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/opinio-analise-economica-direito-meio-justica-social>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**; garantia suprema da Constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SILVA, Diego Sabóia e. **A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito**: a reciprocidade jurídico-econômica. 2017. 225 f. Dissertação (Mestrado Interinstitucional UFSC/FLF) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.