

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

FERNANDA PERES SORATTO

DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA: o
paradigma das decisões judiciais sob o olhar do direito ao desenvolvimento

SÃO LEOPOLDO

2021

Fernanda Peres Soratto

DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA:
o paradigma das decisões judiciais sob o olhar do direito ao desenvolvimento

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutora em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Marciano Buffon
Coorientadora: Profa. Dra. Estefânia Naiara da Silva Lino

São Leopoldo

2021

S713d

Soratto, Fernanda Peres

Da análise econômica do direito à análise jurídica da economia: o paradigma das decisões judiciais sob o olhar do direito ao desenvolvimento. / Fernanda Peres Soratto -- 2021.
535 f. : il. ; color. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Buffon; Coorientadora: Profa. Dra. Estefânia Naiara da Silva Lino.

1. Teoria do direito. 2. Pragmatismo jurídico. 3. Eficiência econômica. 4. Liberdade emancipatória. 5. Efetivação de direitos. I. Buffon, Marciano. II. Lino, Estefânia Naiara da Silva.

CDU 340.12

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO À ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA: o paradigma das decisões judiciais sob o olhar do direito ao desenvolvimento**”, elaborada pela doutoranda **Fernanda Peres Soratto**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de janeiro de 2022.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Marciano Buffon _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Estefânia Naiara da Silva Lino _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Karen Beltrame Becker Fritz _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Giseli Marques Bianchini Barbosa _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. José Rodrigo Rodriguez _____ *Participação por Webconferência*

Dedico esta tese:

Aos meus pais, Alcides Soratto e Anita Peres Soratto, os
quais todos os dias me educam, para hoje, outra vez,
estar aqui.

Ao meu irmão, Rogério Peres Soratto, que todos os dias,
me ensina a perseverar, assim, outra vez, cheguei até
aqui.

Ao meu sobrinho, Arthur Lessa Soratto, que todos os dias
me ensina que os verdadeiros sentimentos se renovam.
Por você eu continuei e, agora, estou aqui.

Devido ao amor, respeito e compreensão dispensados por
vocês eu não parei e hoje estou aqui.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Orientador, Dr. Marciano Buffon, por confiar e acreditar que, juntos, conseguiríamos percorrer os múltiplos e tortuosos caminhos entre o Direito e a Economia.

À professora e coorientadora, Dra. Estefânia Naiara da Silva Lino, por, incondicionalmente, me auxiliar e conduzir na descoberta de uma nova abordagem teórica sobre o Direito e a Economia.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), por compartilharem comigo os seus conhecimentos e pelo valioso auxílio acadêmico.

Aos amigos e amigas da turma de Doutorado em Direito – Unisinos/UniRV, com os quais dividi momentos de alegria, companheirismo e desespero.

Aos professores, funcionários, colegas e alunos do curso de Direito da Universidade de Rio Verde (UniRV), pelo suporte laboral, acadêmico e afetivo durante a realização desta pesquisa.

À Universidade de Rio Verde (UniRV), pelo apoio financeiro.

Ao Pequeno Théo, Melkior e Savana, pelo incondicional amor felino.

A todos aqueles que contribuíram, direta e indiretamente, para o meu êxito na elaboração desta tese.

Por tudo isto, à vocês sou grata!

A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

A Verdade Dividida (Carlos Dumond de Andrade)

RESUMO

A presente tese de doutorado tem como objetivo investigatório examinar a Teoria da Decisão Judicial, sob o paradigma da Análise Econômica do Direito, e a utilização da Análise Jurídica da Economia (AED), com vistas a alcançar o direito ao desenvolvimento. Por este ângulo, o problema de pesquisa considera, no contexto da contemporaneidade, qual a possibilidade de uma inversão na utilização dos postulados da Análise Econômica do Direito para uma Análise Jurídica da Economia, como fundamento da decisão judicial e com a finalidade de contribuir para o direito ao desenvolvimento? Para tanto, a estratégia metodológica qualitativa estabelece-se nas premissas fundamentais da AED, como ferramentas para repensar uma proposta racionalista de como devem os juízes justificar as decisões judiciais, a fim de realizar o direito ao desenvolvimento. Com este olhar, estabeleceu-se as hipóteses para a fundamentação do problema, sinteticamente, da forma seguinte: uma primeira, que envolve uma mudança do paradigma das decisões judiciais, para além da hermenêutica, onde o julgador analisará, entre as possíveis decisões, qual é a mais eficiente; a segunda, que aborda a utilização da AED, em sua concepção descritiva, para examinar o comportamento dos agentes econômicos, com vistas à garantia da dignidade da pessoa humana, e não à maximização dos lucros; uma outra, que considera as decisões jurígenas como sinalizadoras de desrespeito aos direitos fundamentais, quando realizadas sem analisar suas consequências sociais e econômicas para a sociedade e não somente para as partes envolvidas; e uma última, que destaca uma Teoria das Decisões Judiciais fundada em critérios racionais, coerentes, e não no subjetivismo e criatividade dos julgadores, pois, assim, legitimase-á a construir o direito, com ênfase no direito ao desenvolvimento. Ao final, confirmou-se as premissas da pesquisa e alcançou-se o desenvolvimento de uma proposição teórica de Análise Jurídica da Economia, racionalmente arquitetada com vista a assegurar o direito ao desenvolvimento.

Palavras-chave: pragmatismo jurídico; eficiência econômica; liberdades emancipatórias; sociedade complexa; efetivação de direitos.

ABSTRACT

This doctoral thesis aims to examine the Theory of Judicial Decision, under the paradigm of Economic Analysis of Law, and the use of Legal Economic Analysis (AED) with a view to achieving the right to development. From this angle, the research problem considers, in the context of contemporaneity, what is the possibility of an inversion in the use of the postulates of the Economic Analysis of Law for a Legal Analysis of the Economy as the foundation of the judicial decision and with the purpose of contributing to the law to development? Therefore, the qualitative methodological strategy is established in the fundamental premises of the AED, as tools for rethinking a rationalist proposal on how judges should justify court decisions in order to realize the right to development. From this perspective, the hypotheses for the foundation of the problem were synthetically established as follows: the first one, which involves a change in the paradigm of judicial decisions, beyond hermeneutics, where the judge must analyze among the possible decisions which is the most efficient; the second, which addresses the use of the AED, in its descriptive conception, to examine the behavior of economic agents, aiming at guaranteeing the dignity of the human person, and not at maximizing profits; another, which considers legal decisions as signs of disrespect for fundamental rights, when carried out without analyzing their social and economic consequences for society and not only for the parties involved, and a last one, which highlights a Theory of Judicial Decisions founded in rational and coherent criteria and not in the subjectivism and creativity of the judges, because that way it will be legitimized to build the right, with emphasis on the right to development. At the end, the premises of the research were confirmed and the development of a theoretical proposition of Legal Analysis of the Economy, rationally designed with a view to assuring the right to development, was achieved.

Key-words: legal pragmatismo; economic efficiency; emancipatory freedoms; complex society; enforcement of rights.

RESUMEN

Esta tesis doctoral tiene como objetivo examinar la Teoría de la Decisión Judicial, bajo el paradigma del Análisis Económico del Derecho, y el uso del Análisis Económico Jurídico (AED) con miras a la consecución del derecho al desarrollo. Desde este ángulo, el problema de investigación considera, en el contexto de la contemporaneidad, cuál es la posibilidad de una inversión en el uso de los postulados del Análisis Económico del Derecho para un Análisis Jurídico de la Economía como fundamento de la decisión judicial y con el propósito de contribuir a la ley para el desarrollo? Por tanto, la estrategia metodológica cualitativa se establece en las premisas fundamentales de la AED, como herramientas para repensar una propuesta racionalista sobre cómo los jueces deben justificar las decisiones judiciales para la realización del derecho al desarrollo. Desde esta perspectiva, las hipótesis para la fundamentación del problema se establecieron sintéticamente de la siguiente manera: la primera, que implica un cambio en el paradigma de las decisiones judiciales, más allá de la hermenéutica, donde el juez debe analizar entre las posibles decisiones cuál es la más eficiente. ; el segundo, que aborda el uso de la AED, en su concepción descriptiva, para examinar el comportamiento de los agentes económicos, con el objetivo de garantizar la dignidad de la persona humana, y no la maximización de los beneficios; otro, que considera las decisiones judiciales como signos de falta de respeto a los derechos fundamentales, cuando se llevan a cabo sin analizar sus consecuencias sociales y económicas para la sociedad y no solo para las partes involucradas, y un último, que destaca una Teoría de las Decisiones Judiciales fundada en y criterios coherentes y no sobre el subjetivismo y la creatividad de los jueces, porque así se legitimará para construir el derecho, con énfasis en el derecho al desarrollo. Al final, se confirmaron las premisas de la investigación y se logró el desarrollo de una propuesta teórica de Análisis Jurídico de la Economía, diseñada racionalmente con miras a asegurar el derecho al desarrollo.

Palabras clave: pragmatismo jurídico; eficiencia económica; libertades emancipatorias; sociedad compleja; ejecución de derechos.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Decisões com menção à AED no STJ.....	247
---	-----

LISTA DE SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
AJE	Análise Jurídica da Economia
CDHNU	Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas
CF/88	Constituição Federal de 1988
DEJ	Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EUA	Estados Unidos da América
FGV	Fundação Getúlio Vargas
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	20
2.1 A semântica da decisão judicial: contornos introdutórios.....	22
2.2 Hermenêutica jurídica e o poder dos juízes.....	54
2.3 O pós-positivismo e seus reflexos na Teoria da Decisão Judicial	87
2.4 O caminho hermenêutico de Ronald Dworkin	97
2.5 A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.....	109
2.6 A insuficiência dos métodos hermenêuticos	121
2.7 O pragmatismo cético de Richard Posner	132
3 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	151
3.1 A ruptura paradigmática com o positivismo jurídico.....	152
3.2 Evolução da Análise Econômica do Direito.....	158
3.3 Premissas Teóricas da Análise Econômica do Direito	195
3.3.1 Individualismo metodológico e conduta racional maximizadora	196
3.3.2 O mercado: noções fundamentais.....	202
3.3.3 A Eficiência.....	209
3.3.4 A Teoria dos jogos	219
3.4 Limitações e críticas da Análise Econômica do Direito.....	228
3.5 Algumas contribuições da Análise Econômica do Direito para a pesquisa jurídica	245
4 DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO	259
4.1 Dos direitos fundamentais: da concepção às suas dimensões.....	260
4.2 Marco histórico do direito ao desenvolvimento	286
4.3 Direito ao desenvolvimento na concepção de Amartya Sen.....	305
4.4 O direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988	317
4.5 Característica instrumental do direito ao desenvolvimento.....	334
5 A ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA COMO MEIO PARA EFETIVAR O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO	353
5.1 A humanização da economia	355
5.2 Da complexidade da sociedade contemporânea: a transdisciplinariedade para uma adequada compreensão da realidade social	378

5.3 Do necessário diálogo entre direito e economia na busca pela justiça.....	395
5.4 Da Análise Jurídica da Economia como resposta adequada às questões complexas.....	409
5.5 A Análise Jurídica da Economia como concretização do direito ao desenvolvimento.....	428
5.5.1 Da Análise Jurídica da Economia como teoria da decisão judicial.....	444
6 CONCLUSÃO.....	458
REFERÊNCIAS.....	485

1 INTRODUÇÃO

A busca das primeiras linhas do trabalho é por elucidar as alternativas abordadas durante a sua elaboração, a escolha temática e sua delimitação, os objetivos, as hipóteses, a justificativa para o aludido estudo, bem como, a pergunta problema respondida, principalmente, no final desta tese.

Assim, em tempos de globalização, como o experimentado hordiernamente, a pesquisa voltou-se para as complexas transformações políticas, jurídicas, culturais e econômicas, que afetam, demasiadamente, toda a sistematização da sociedade. Com efeito, é certo que, nas ciências sociais, modificações também aconteceram, as quais remodelaram profundamente a estrutura do pensamento humano, em particular, as tradicionais convicções jurídicas.

Em verdade, o direito, na atualidade, para realização de seu propósito, não raramente, alia-se a outros ramos da ciência para, interdisciplinarmente, analisar o comportamento dos membros da sociedade. Entre estas áreas do conhecimento ganha destaque a economia que, assim como o direito, examina as condutas humanas, principalmente, as que envolvem a alocação de recursos considerados socialmente escassos.

De fato, é notório que o direito e a economia, ainda que sejam consideradas ciências diferentes, se entrelaçam frequentemente, pois, no presente mundo globalizado, é impossível imaginar uma sociedade em que o direito e a economia não possuam função predominante na sua organização. Neste sentido, requisitos que, até este momento, mantinham-se adstritos à racionalidade econômica e à realidade dos mercados, inseriram-se, sobremaneira, no contexto jurídico e influenciam o pensamento e a postura dos julgadores no processo de tomada de decisão judicial.

À vista disto, na busca por uma opção que unisse, na mesma direção, direito e economia, surgiu, na década de 1970, a escola, hoje pragmática, denominada Análise Econômica do Direito (AED), que tem o objetivo de unir as distintas disciplinas e observá-las com princípios únicos, de modo a analisar o comportamento dos indivíduos e as consequências, impactos e qualidades das normas jurídicas na sociedade, tudo isto no propósito de maximizar a riqueza e a eficiência econômica.

Ocorre que, a abordagem designada AED também recebe inúmeras críticas, as quais, de modo geral, direcionam-se para a asserção da maximização do capital

como o principal elemento de distribuição de riqueza numa sociedade. Entretanto, é fato, ainda, que o direito está, conceitualmente, conectado a elementos para além do simples aumento de produção, da maximização da riqueza e da eficiência, visto que o seu objetivo se vincula, principalmente, ao respeito à dignidade da pessoa humana.

De outro lado, ao analisar-se o direito juntamente com a realidade social, sobretudo a importância da economia na sociedade global, o paradoxo que se destaca é que a concretização de muitos direitos, entre eles, ao desenvolvimento voltado para a dignidade da pessoa humana, apesar das solenes declarações internacionais e reconhecimento nacional, é continuamente violada. Afinal, no atual contexto mercadológico, não há como garantir o respeito ao desenvolvimento dos indivíduos se não houver recursos financeiros suficientes para isto.

Diante disso, a Teoria da Decisão Judicial se apresenta como ponto central no fenômeno jurídico hodierno, dado que diversos são os movimentos, técnicas, teorias e modelos que justificam o processo de tomada da decisão jurígena, ante a realidade e as necessidades da sociedade. Todavia, uma premissa de que não se discorda é que o desenvolvimento deve objetivar o alcance da dignidade humana, não o capital, e o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, exerce importante papel na defesa de muitos direitos, principalmente em uma democracia tardia, como a brasileira.

Neste contexto é que se insere a temática do presente estudo, ou seja, na identificação do melhor fundamento para a decisão judicial, uma vez que a investigação discute se os pressupostos norteadores da Teoria pragmática da Análise Econômica do Direito, quando utilizados como fundamentos nas decisões jurídicas, têm a finalidade de desestimular/estimular práticas não eficientes, o que provocaria a inversão do modo de operação da teoria para uma verdadeira Análise Jurídica da Economia, onde critérios como a eficiência e maximização de riqueza cederiam espaço para o respeito e a concretização do direito ao desenvolvimento.

Assim, ao considerar o cenário acima, o problema de pesquisa que confrontar-se-á está alinhado ao debate entre o pensar econômico e o pensar jurídico, especificamente vinculado à corrente de pensamento interdisciplinar Direito e Economia (ou Análise Econômica do Direito). Neste sentido, indubitável é que o fenômeno da globalização impactou o cotidiano da vida humana em sociedade, e que argumentos da matriz econômica passaram, decisivamente, a ser uma realidade capaz de influenciar e redesenhar as concepções jurídicas e, assim, inovar a *práxis*,

a muito, predominante no plano de criação, interpretação e aplicação do direito, o que, inclusive, atua na postura dos julgadores, ao interpretar e efetivar direitos, especialmente o direito ao desenvolvimento.

Nesta perspectiva, ao voltar os olhares para as decisões judiciais e a forma como os juízes desempenham sua atividade num ambiente permeado por fatores de ordem econômica, surge o problema delineado nos seguintes termos: qual a possibilidade de uma inversão na utilização dos postulados da Análise Econômica do Direito para uma Análise Jurídica da Economia, como fundamento da decisão judicial e com a finalidade de contribuir para o direito ao desenvolvimento?

Diante disto, as reflexões sobre a problemática de pesquisa desenharam-se em quatro hipóteses. A primeira envolve um prognóstico de mudança do paradigma das decisões judiciais, para além da hermenêutica, onde o julgador deve avaliar, entre as possíveis decisões, qual é a mais eficiente, não só para as partes envolvidas no processo, mas para o desenvolvimento da sociedade. A segunda tem relação com a utilização da Análise Econômica do Direito, em sua abordagem descritiva, para ponderar sobre o comportamento dos agentes econômicos, bem como, os efeitos das decisões judiciais, com vistas não à maximização dos lucros, mas à garantia da dignidade da pessoa humana, numa verdadeira Análise Jurídica da Economia.

A terceira, por sua vez, considera que os custos econômicos do processo para o Estado são altos, todavia, a justiça realizada pelas decisões judiciais nem sempre refletem positivamente na sociedade. Assim é porque as fundamentações destas deliberações incentivam o desrespeito aos direitos fundamentais, ao realiza-las sem analisar suas consequências sociais/econômicas, mas somente as relações entre as partes, as quais consideram, ainda que inconscientemente, se é mais eficiente ser processado ou lesar direitos, dado que a jurisprudência é a sinalizadora desta escolha.

E, como última hipótese, tem-se a possibilidade da Teoria das Decisões Judiciais fundar-se em critérios racionais e coerentes de julgamentos e, não em mero subjetivismo e criatividade dos julgadores, pois, assim estará legitimada a construir o Direito, com ênfase no direito ao desenvolvimento.

É dentro desta perspectiva que a proposta da presente tese, intitulada: Da Análise Econômica do Direito à Análise Jurídica da Economia: o paradigma das decisões judiciais sob o olhar do direito ao desenvolvimento, tem como objetivo principal analisar e discutir a Teoria da Decisão Judicial, sob o paradigma da Análise

Econômica do Direito e a utilização da Análise Jurídica da Economia, com vistas a alcançar o direito ao desenvolvimento.

Especificamente, são objetivos secundários da investigação compreender a Teoria das Decisões Judiciais e analisar o pragmatismo jurídico, ao observar o movimento da Análise Econômica do Direito (positivo e normativo), sua aplicação e os efeitos nas deliberações judiciais, no comportamento dos agentes econômicos e na concretização – ou não – do direito ao desenvolvimento. Por fim, avaliar se as disposições judiciais devem ser pragmáticas, a fim de realizar uma análise racional – por meio da Análise Jurídica da Economia – de seus efeitos, com o fim de efetivar o direito ao desenvolvimento.

Diante destas considerações, como fazem os juízes em sua atividade precípua, o ato de julgar é o que justifica e demonstra a importância deste trabalho de pesquisa, pois, ante a inexistência de coerência, mecanismos ou métodos interpretativos sólidos e, fielmente, conectados ao processo de tomada de decisões judiciais. Tudo isto soma-se à ausência de investimentos públicos e à desigualdade que permeia a realidade, de modo que somente uma inversão de paradigma em como examinar o diálogo entre direito e economia – a economia vista pelos olhos do direito – é capaz de traçar parâmetros e, assim, alcançar o direito ao desenvolvimento.

Isso porque, no ato de decidir, o juiz contemporâneo tornou-se protagonista do cenário social e, por tal motivo, precisa orientar suas resoluções em conhecimentos provenientes de outras esferas do saber, além de levar em consideração, também, os efeitos sociais da sua decisão. Eis que, desta maneira, as deliberações judiciais – e seus interlocutores – expressam uma maior confiabilidade ao fundamentarem as decisões jurígenas, de forma mais racional e razoável, ou seja, com o abrigo de valores socialmente desejados, aceitos e compatíveis com a atualidade.

Além disto, a abordagem pragmática orientada para a realização do direito, especialmente nas manifestações jurisdicionais, melhor assimila os fatos da vida às consequências sociais pretendidas, e, conseqüentemente, à necessária efetividade de muitos direitos, inclusive o direito ao desenvolvimento. Nesta concepção, demonstra-se, também, que os juízes enxergam o direito para além das fronteiras tradicionais, não que sejam avessos a elas, mas não estão fechados dentro de um sistema jurídico a receber, constantemente, contribuições de outras disciplinas para sua elaboração.

Daí o porque da importância de, sob o manto do pragmatismo, discutir a Análise Econômica do Direito, pois, ao unir postulados de ciências distintas, a busca da AED é pela compreensão e correção dos fenômenos jurídicos, com argumentos econômicos, ao colocar o direito no caminho da racionalidade típica da econômica, com o objetivo de alcançar eficiência e maximização da riqueza social, no caso desta tese nas decisões judiciais.

À vista disto, demonstra-se, também, que, embora seja um método considerável, a AED é incapaz de, realisticamente, descrever e explicar toda a realidade jurídica, por meio da eficiência econômica.

Nesta ótica de análise, para o enfrentamento do problema de pesquisa, desenvolveu-se quatro grandes capítulos – em ordem numérica 2, 3, 4 e 5. Assim, no capítulo 2 analisou-se, evolutivamente, as mudanças no paradigma das decisões judiciais.

Como forma de apresentar esta situação, abordou-se, de maneira introdutória e para melhor compreensão da problemática, algumas das perspectivas justificadoras do processo de tomada decisão jurídica, ou seja, uma digressão histórica que permeará, principalmente, o positivismo e o pós-positivismo jurídico, além de perpassar pelas contribuições teórica de Ronald Myles Dworkin e Lenio Luiz Streck, na hermenêutica filosófico-jurídica e Richard Allen, na pragmática jurídica.

Em seguida, o capítulo 3 teve como o principal propósito o estudo aprofundado da Teoria da Análise Econômica do Direito, a qual – nas concepções descritiva e prescritiva – interpreta os fenômenos jurídicos, por meio dos argumentos econômicos. Neste ponto, intencionou-se entender os fundamentos, limitações, contribuições e, especialmente, os efeitos da abordagem juseconômica, no comportamento dos agentes econômicos – neste estudo especificamente os julgadores, ao proferirem as decisões judiciais.

O capítulo 4, na sequência, se propôs a apresentar o direito ao desenvolvimento, à vista dos complexos fenômenos sociais e humanos, os quais, atualmente, demandam de integração pelo direito. Para tanto, as análises partiram de uma contextualização sócio-histórica de formação para, posteriormente, debruçar-se sobre as ideias do economista indiano Amartya Sen, o qual concebe o desenvolvimento como um direito humano que emancipa para a liberdade, mas que,

para a real efetivação, ainda reivindica de diversos agentes econômicos e sociais uma legítima instrumentalização.

Ao seguir esta abordagem, o capítulo 5, como desfecho, dispôs-se a avaliar a Análise Jurídica da Economia, como um novo paradigma para a ciência jurídica e, em consequência, para a Teoria da Decisão Judicial. Tudo isto para indicar um contraponto à Análise Econômica do Direito, por meio da humanização da economia e da transdisciplinariedade, como forma de solucionar, racionalmente, os problemas oriundos da sociedade complexa e da busca pela concretização do direito ao desenvolvimento.

Assim sendo, com base no problema de pesquisa do presente estudo, o trabalho buscou suporte teórico na Teoria da Análise Econômica do Direito, ao vincular-se à dimensão descritiva da teoria, pois, isto ajudará no entendimento e na proposta, sobre como os agentes econômicos – os juízes – guiam seu comportamento diante de diferentes possibilidades e possíveis consequências – fundamentam as decisões judiciais – na direção da efetivação de direitos – aqui o direito ao desenvolvimento – e não maximização financeiras e riqueza material.

Ademais, teve como principal inspiração, embora exponha outras, as ideias de Richard Allen Posner, responsável por ampliar, em especial, o campo de aplicabilidade do movimento entre Direito e Economia, para todos os ramos do direito. Desta forma, o estudo teve seu aporte fixado na Teoria, hoje pragmática, da Análise Econômica do Direito, seus fundamentos e racionalidade típica, mas propôs pensá-los para além dos limites mercadológicos da eficiência econômica, ao utilizá-los como parâmetros para fundamentação racional das decisões judiciais, a fim de alcançar o direito ao desenvolvimento.

Então, o desenvolvimento da tese estabeleceu sua base metodológica nas premissas fundamentais da Análise Econômica do Direito, visto que os critérios de objetividade e certeza do direito serão ferramentas fundamentais no repensar e, posteriormente, concretizar a proposta racionalista sobre como devem os juízes fundamentar as decisões judiciais, de modo que estas sejam, no sistema jurídico contemporâneo, verdadeiras políticas públicas, com o objetivo de efetivar o direito ao desenvolvimento.

Para alcançar os objetivos deste trabalho, adotou-se como estratégia a pesquisa exploratória, com vistas a, desta forma, lograr maior familiaridade com o

problema central. Com isto, intencionou-se conseguir uma visão geral sobre os fatos examinados. A natureza da pesquisa é qualitativa, amparada pelos procedimentos bibliográfico e documental, os quais forneceram os subsídios necessários para as investigações escritas sobre o tema de pesquisa e redação da tese.

Por fim, destaca-se que a presente tese vincula-se à Linha de Pesquisa denominada Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, cujas discussões envolvem questões referentes ao Estado, à resposta às demandas sociais e à concretização dos direitos sociais fundamentais.

Assim, os estudos desenvolvidos nesta linha de pesquisa objetivaram desenvolver análises críticas sobre os modelos hermenêuticos tradicionais, a necessidade da efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas pelos tribunais tudo, por intermédio da revisão de conceitos, hoje, predominantes na Teoria do Estado e na Teoria do Direito, o que torna fundamental estudar a Constituição e, também, a jurisdição.

Por tais motivos, a escolha por essa linha de pesquisa se deu pelo fato de que o debate central empreendido versa sobre uma alteração de paradigma na Teoria das Decisões Judiciais, com o objetivo de alcançar a concretização do direito ao desenvolvimento.

Assim, ao alinhar-se aos projetos de pesquisa do orientador, Prof. Dr. Marciano Buffon, intitulados “A liberdade como critério de desenvolvimento e suas implicações na obra de Amartya Sen: novos fundamentos e critérios de legitimidade para a tributação” e “Tributação e Dignidade Humana: a construção de um modelo conforme a Constituição Brasileira”, bem como, à linha de pesquisa da coorientadora, Profa. Dra. Estefânia Naiara da Silva Lino, “Direito ao desenvolvimento e direito do agronegócio” e “Sociedade, políticas públicas, políticas econômicas e direitos humanos”.

2 DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

O estudo da teoria da decisão judicial é um dos assuntos centrais atinentes à Ciência do Direito, em especial, no último século, quando reconheceram ao indivíduo direitos alicerçados na ideia de dignidade humana, de cidadania e de valores sociais democráticos e torna-la lócus fundamental para a efetivação, muitas vezes, destas prerrogativas.

Não obstante, foi, também, no século passado, que inúmeros especialistas do direito voltaram, com melhor empenho, seus olhares para este fenômeno, visto que, agora, o sujeito possui direitos protegidos por normas jurídicas repletas de indeterminação. Os valores adstritos à pessoa são passíveis de positivação e princípios são elementos centrais para a judicialização de questões, até então, reservadas ao ambiente político.

De outra vertente, foi, ainda, no século anterior, principalmente em décadas mais recentes, que a sociedade conheceu com intensidade as interações provocadas pela globalização, visto que, o mercado passou a não obedecer mais aos limites geográficos. O capital, agora, circula por estes ambientes mais que apressadamente e a ciência rotineiramente faz novas descobertas. O mundo e os espaços são permeados por tecnologias e pela cibernética e as informações circulam em frações nanométricas, bem como os valores humanos estão universalizados e a economia, agora sem fronteiras, é responsável por ditar as regras na maioria dos países.

Diante da realidade acima, é fato, portanto, que a decisão judicial, enquanto fenômeno jurídico da contemporaneidade, como tema central da Teoria do Direito, utilizada em ambiente globalizado, como instrumento para concretização de direitos e para garantir o desenvolvimento daqueles considerados menos favorecidos, necessita de estudos aprofundados, a fim de entender como as decisões jurídicas e os juízes desempenham sua atividade num ambiente permeado por fatores transdisciplinares, em especial, os de ordem econômica.

Neste contexto, observa-se que a Teoria das decisões judiciais está no centro dos acontecimentos jurídicos hodiernos, mas, também, é realidade que diversos são os movimentos, técnicas, matrizes disciplinares e vertentes teóricas que justificam o processo de tomada da decisão judicial na atualidade.

Assim, é necessário entender e desconstruir alguns destes modelos já propostos para, neste caso, construir ou mesmo, reconstruir uma Teoria da Decisão Judicial, baseada em critérios adequados ao sistema jurídico brasileiro, à realidade e à necessidade da sociedade e capaz de, racionalmente, contribuir para o direito ao desenvolvimento das pessoas e não somente, para o desenvolvimento econômico.

Todavia, não é a pretensão primeira deste trabalho apresentar, estudar e compreender, profundamente, todas as ramificações doutrinárias existentes ao longo da história e que, de certa maneira, justificaram ou justificam, em um dado momento, o processo de tomada de decisão judicial e poder dos juízes. Mas sim, apresentar algumas das principais propostas, especialmente, pós-positivistas existentes no cenário jurídico atual, bem como, analisar seus componentes teóricos no esforço, incansável, de propor um paradigma¹ da Teoria da Decisão Judicial onde o ser humano se sobrepõe ao econômico.

Logo, o capítulo inicial desta pesquisa não objetiva, em absoluto, esgotar o estudo sobre as construções paradigmáticas referentes à Teoria do Direito e da Decisão Judicial, mas sim oferecer uma síntese sobre algumas das bases teóricas expressivas para a elaboração deste trabalho. Nesta perspectiva, analisou-se as contribuições teóricas de Ronald Myles Dworkin, Lenio Luiz Streck, autores inseridos no contexto da hermenêutica filosófico-jurídica e Richard Allen Posner, de viés, agora, pragmático.

Estes estudiosos contemporâneos, de tendências pós-positivistas, apresentam-se como edificadores de grandiosos modelos teóricos, que se destacam no cenário jurídico internacional e nacional sobre, ainda que não exclusivamente, a atividade jurisdicional e o fazer criativo dos juízes, tema fulcral deste estudo.

Dito isto, as reflexões realizadas sobre os autores acima e seus respectivos modelos teóricos, certamente iluminarão e contribuirão, no contexto desta tese, para justificar que, embora brilhantes e fundamentais para a compreensão dos caminhos até aqui percorridos pela Teoria da Decisão Judicial, os métodos hermenêuticos, por exemplo, não alcançaram, ainda que razoavelmente, critérios considerados

¹ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. Tradução de: *The Structure of Scientific Revolutions*. p. 219. Diz o autor que: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”.

verdadeiros e legítimos para o processo de tomada de decisão judicial, visto que, seria impossível trabalhar em um cenário totalmente livre de criatividade jurisdicional.

Já quanto ao pragmatismo, paira a dúvida se este é um modelo capaz de explicar todos os fenômenos jurídicos a considerar-se no processo de tomada de decisão, tal como, a justiça transformada em eficiência econômica, como a única a guiar a realidade jurídica, principalmente quando se trata de decisões judiciais sobre direitos essenciais, como o é o direito ao desenvolvimento.

Porém, para melhor entender a composição, o significado e o conceito de decisão judicial e das teorias justificadoras, importante, também, compreendê-las, inicialmente, como um ato linguístico, uma construção semântica da linguagem humana, que expressa pensamentos, interpretações e conhecimentos, o que possibilita a comunicação entre os interlocutores envolvidos no processo decisório. Assim, realizou-se alguns contornos introdutórios, ainda que sucintos, sobre a semântica da decisão judicial, o que ajudará na percepção do fenômeno jurídico-filosófico.²

Então, traçadas estas linhas iniciais, tem-se que o presente capítulo teve como objetivo a análise das mudanças do paradigma das decisões judiciais – para além da hermenêutica. Para tanto, abordou-se algumas das principais perspectivas teóricas, que tentaram justificar e elaborar, para o direito, uma racionalidade própria, inclusive para a tomada decisão jurídica, ainda que de maneira introdutória, em um caminho linguístico-hermenêutico-pragmático³ que permitiu, ao final desta tese, lançar o desafio de uma Teoria da Decisão Judicial contemporânea e pautada em ideais humanos, éticos e justos e, não, de matriz puramente econômica, como é a Análise Econômica do Direito, teoria em que se baseia esta pesquisa.

2.1 A semântica da decisão judicial: contornos introdutórios

Muitas são, segundo a dogmática processual, as definições para a expressão decisão judicial, tal como, “a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda

² Convém esclarecer que, a título de recorte metodológico, o termo decisão será, nesta tese, utilizado para nomear, genericamente, qualquer decisão judicial, terminativas e interlocutórias, independente da instância proferida, excluindo-se assim, quaisquer outras.

³ O caminho linguístico-hermenêutico-pragmático, aqui, representa as transformações filosóficas ocasionada pelo giro linguístico, hermenêutico e pragmático.

do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei [...]”.⁴ Ou, como exterioriza Tescheiner,⁵ “a decisão judicial da lide importa, pois, na afirmação de direito subjetivo de uma parte em face da outra [...]”. De outra maneira, destaca Cintra, Grinover e Dinamarco⁶ que, decisões judiciais, são pronunciamentos, finais ou interlocutórios, do juiz no processo.

Para Bezerra Neto,⁷ “a decisão judicial é um instrumento de resolução de conflitos utilizado pelo Estado, que o faz fundado no monopólio do exercício da jurisdição e no uso da força [...]”. Então, em termos fáceis, uma decisão judicial é um comando jurídico-decisório, emitido pelo juízo ou tribunal, no exercício da atividade jurisdicional.

Porém, estes são conceitos formais, construídos sob a ótica do Direito Positivo, a partir de elementos puramente normativos, encontrados no ordenamento jurídico “[...] e não a partir das operações linguísticas que acabam por lhe constituir”,⁸ ou seja, não consideram, em si, o ato linguístico praticado pelos autores⁹ que compõem o discurso, neste caso, o juiz e/ou órgão jurisdicional de onde emana a decisão. Assim, a decisão judicial é tida como um ato linguístico, construído por signos. Por sua vez, o signo se apresenta como um conjunto de objetos, ora escrito, falado ou, até gestual, o qual designa outros objetos em concreto ou abstrato.¹⁰

Segundo, Ferraz Junior,¹¹ “sob o ponto de vista da situação comunicativa discursiva, diríamos que se trata de uma relação entre diversos partícipes, cujo

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 212.

⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 78.

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação**: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses, 2018. p. 01.

⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rer. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 22.

⁹ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação**: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses, 2018. p. 20. Demonstra o autor que: “O agente da decisão judicial é simplesmente o homem, o ser que tem consciência, capacidade de compreensão, interpretação, decisão, que vive em sociedade e que, portanto, está inserido em determinada tradição historicamente construída”, portanto, “[...] não há necessidade de se considerar ou apelar para [...] qualquer outro tipo ideal de ser humano”.

¹⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 100.

sentido é a representação da busca de uma decisão, de acordo com certas regras”. Por este motivo, é possível entender a decisão judicial sob diversos aspectos, quais sejam: o sintático, o semântico e o pragmático. Para Levinson, “tradicionalmente, a sintaxe é considerada o estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes, e a semântica o estudo do significado, a pragmática é o estudo do uso linguístico”.¹²

Porém, Charles W. Morris e Rudolf Carnap, já haviam proposto estas dimensões do signo linguístico, sendo a “[...] semântica, que considera a relação dos signos com os objetos a que se referem; pragmática, que pondera sobre a relação dos signos com os intérpretes; e sintática, que leva em conta a relação formal dos signos entre si”.¹³ Assim, os estudiosos da linguagem, rapidamente, enxergaram estas possibilidades e, com isto, tais perspectivas difundiram-se pelos estudos filosóficos contemporâneos.

Destarte, existiu, com isso, uma aproximação, ainda que paulatina, entre linguagem e direito, pois, há muito, existia a necessidade de respostas, concretas aos problemas práticos. Neste sentido:

A [...] teoria da linguagem e de seu uso – é muito útil, para os que querem conhecer os limites aos quais a lei pode vincular o juiz. Na ‘sintaxe’ ou *sintática* trata-se das relações dos signos linguísticos entre si, de gramática, de lógica, de formas e de estruturas. Na *semântica* trata-se das relações dos signos linguísticos com a realidade, de significado, de experiência, de realidade. Na *pragmática* trata-se da relação dos signos linguísticos com seu uso em situações concretas, de ação, de comunicação, de retórica, de narração (grifos do autor).¹⁴

A partir dessas simplórias premissas, resta evidente a possibilidade de se ver e compreender a decisão judicial a partir de considerações desenvolvidas no âmbito da linguagem. Logo, se a principal maneira do direito se revelar são as palavras (decisões, legislações, súmulas etc.), seria demasiadamente estranho aquele que deseja entendê-lo não compreender, previamente, a linguagem humana, em suas

¹² LEVINSON, Stephen Curtis. **Pragmática**, Tradução Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Pragmática. p. 06.

¹³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1.ª ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Dizionario di Filosofia. p. 870.

¹⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. Tradução de: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. p. 245.

diversas manifestações. Então, conveniente são as reflexões de Valle,¹⁵ ao descrever que:

A linguagem, parece-nos, é um poderoso instrumento de reconstrução da realidade captada pelos sentidos humanos. De fato, refletindo-se sobre a questão, percebe-se que a linguagem acaba por transformar aqueles que a dominam em verdadeiros deuses. Por meio da linguagem podem ser criadas histórias fantásticas, lugares que são verdadeiros paraísos e personagens incríveis. A linguagem também permite que os eventos ocorridos – que sem ela ficariam perdidos no espaço e no tempo, por se terem exaurido, possam ser por ela reconstruídos. A linguagem, nesse particular, resgata os eventos para que façam parte e, conseqüentemente, existam no universo humano. A linguagem serve, ainda, como ferramenta de acesso dos homens aos acontecimentos, por meio da interpretação.

Deste modo, a linguagem é importante componente da realidade e, desta feita, desempenha função profundamente importante em relação ao conhecimento produzido no processo comunicacional das pessoas, já que, “não há, portanto, conhecimento sem linguagem; do mesmo modo que não há ciência sem linguagem; e não há direito sem linguagem”.¹⁶ Neste sentido, considera-se importante compreender a decisão judicial a partir de um entendimento que contemple o ponto de vista da linguagem, pois, estudar tal fenômeno jurídico, que “antes de ser um ato normativo, [...] é um ato linguístico, [...]”¹⁷, perpassa, ainda que não seja o objetivo principal do trabalho, propedeuticamente pelos horizontes da filosofia da linguagem¹⁸

¹⁵ VALLE, Maurício Dalri Timm do. Herbert L. A. Hart e a linguagem do direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 08-09, ago./dez. 2008. Disponível em: http://www.academia.edu/1502816/Herbert_L._A._Hart_e_a_linguagem_do_direito. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁶ VALLE, Maurício Dalri Timm do. Herbert L. A. Hart e a linguagem do direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 08, ago./dez. 2008. Disponível em: http://www.academia.edu/1502816/Herbert_L._A._Hart_e_a_linguagem_do_direito. Acesso em: 23 jul. 2020.

¹⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 22.

¹⁸ BARBOSA, Claudemir Costa. **Um estudo semiótico sobre a filosofia da linguagem a partir da linguística de Saussure e da pragmática linguística de Charles Morris**. 2012. p. 45. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós Graduação em Filosofia, Faculdade de São Bento do Mosteiro de São Bento de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://faculdaadedesaobento.com.br/files/pesquisas_56921416-10300762-6647-052015.pdf. Acesso em: 05 maio 2020. Explica o autor que: “Embora os filósofos sempre tenham discutido a linguagem, ela começou a desempenhar um papel central na filosofia no final do século XIX. No século XX a filosofia da linguagem tornou-se tão central que em alguns círculos de filosofia analítica que os problemas da filosofia em geral foram tratados como problemas de filosofia da linguagem.”

ou filosofia analítica,¹⁹ e suas implicações nas Ciências Humanas e Sociais, inclusive no Direito. Assim é que:

[...] importa conhecer os fenômenos da compreensão e da interpretação, haja vista que tal temática amplia os horizontes de entendimento acerca da produção do conhecimento. Dentre eles, os juristas têm especial interesse no assunto, porquanto se trata de matéria que diz respeito também à aplicação do direito. Outrossim, enquanto estudos científicos ainda aperfeiçoam o entendimento sobre o cérebro humano, as contribuições da filosofia (notadamente o ramo voltado à linguagem) são imprescindíveis para entender como as pessoas pensam e tomam decisões, questões estas elementares para ciência jurídica.²⁰

É possível entender a filosofia da linguagem, em termos gerais, como a inter-relação entre mundo, pensamento e linguagem e, assim, por meio do sentido das palavras, desenvolver-se o conhecimento sobre a realidade. Em Chauí,²¹ a filosofia da linguagem é:

[...] como manifestação da humanidade do homem; signos, significações; a comunicação; passagem da linguagem oral à escrita, da linguagem cotidiana à filosófica, à literária, à científica; diferentes modalidades de linguagem como diferentes formas de expressão e de comunicação. [...] a Filosofia da Linguagem, intimamente ligada às investigações lógicas, transformando-se com elas e graças a elas. A grande preocupação da Filosofia da Linguagem resume-se numa pergunta: As palavras realmente dizem as coisas tais como são? Descrevem e explicam verdadeiramente a realidade?

Assim, “a filosofia da linguagem nasce no final do século XIX quando a atenção se volta para a proposição, que faz a relação entre linguagem e realidade; a função da referência se torna central e imprescindível para a semântica, para a significação”.²² Porém, importa destacar, com finalidade didática, que somente no século XX a

¹⁹ GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. p. 21. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020. Esclarece o autor que: “Num sentido estrito, Filosofia da Linguagem é sinônimo de “Análise ou Analítica da Linguagem”, referindo-se ao estudo da linguagem como categoria lógica, com o objetivo de desvelar a natureza e as funções da língua como veículo de comunicação.

²⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 28.

²¹ CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 67 e 186.

²² ARAÚJO, Inês Lacerda. Por uma concepção semântico-pragmática da linguagem. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem – ReVEL**, v. 5, n. 8, p. 06, mar. 2007. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/pt/edicoes/?id=8>. Acesso em: 28 maio 2020.

filosofia percebeu o caráter multiface da linguagem, pois, até então, os filósofos privilegiavam apenas algumas de suas características na construção de suas teorias semânticas. Ou seja, de modo geral “a história da filosofia da linguagem, especialmente para os antigos gregos e romanos, e mais tarde os pensadores cristãos, reduz-se à compreensão do significado ou do sentido, isto é, da semântica”.²³

Contudo, a linguagem, nos tempos atuais, tornou-se interesse central da filosofia, visto que transformou, sobremaneira, o entender filosófico e seus fundamentos, de modo a impactar seu próprio objeto de pesquisa que, agora, preocupa-se, em básica acepção, com o processo de significação das expressões linguísticas e com a análise da linguagem e, não mais somente com a essência, com a consciência, com a experiência ou com a razão das coisas ou entes.²⁴ Para Nigro,²⁵ agora:

No lugar de uma filosofia centrada na consciência e no sujeito, presa ao mentalismo e conseqüente psicologismo, surge uma filosofia que, através de uma investigação sobre o funcionamento da própria língua, tenta esclarecer os problemas filosóficos tradicionais através de uma crítica da própria linguagem em que tais problemas são elaborados.

Nesta lógica, a linguagem, no século XIX,²⁶ adentra, definitivamente, a área da filosofia e rumo para uma crítica dela, bem como para a, atualmente, conhecida filosofia da linguagem.²⁷ Enquanto movimento contemporâneo,²⁸ concentra suas

²³ MAIA, Thiago Onofre. Filosofia da linguagem: reflexão e sentido. **Basilíade – Revista de Filosofia**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 91, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fasbam.edu.br/pesquisa/periodicos/index.php/basiliade/article/view/30>. Acesso em: 28 jun. 2020.

²⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

²⁵ NIGRO, Rachel Barros. **Desconstrução Linguagem Política**. 2007. p. 33. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=11425@1>. Acesso em: 15 maio 2020.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. Tradução de: *Nachmetaphysisches Denken, Philosophische Aufsätze*. p. 43. Declara o autor que: “No decorrer do século XIX generaliza-se a crítica contra a reificação e a funcionalização de formas de vida e de relacionamento, bem como contra a auto compreensão objetivista da ciência e da técnica. Estes motivos desencadeiam a crítica aos fundamentos de uma filosofia que comprime tudo nas relações sujeito-objeto. A mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem situa-se precisamente neste contexto”.

²⁷ Ressalta-se que, nesta seção serão discutidas as contribuições teóricas e filosóficas de Martin Heidegger para o giro linguístico.

²⁸ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://direito2a.files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes.pdf>.

análises na linguagem e no processo de significação, seja em sua vertente analítica (que desenvolveu estudos sobre a linguagem ideal) ou na pragmática (que estuda a linguagem ordinária e os seus efeitos no cotidiano).²⁹

Porém, esta metamorfose da filosofia aconteceu aos poucos e conforme os problemas surgiam no modelo vigente. Isto posto, na epistemologia “[...] substituiu-se a crítica transcendental da razão para virar crítica de sentido enquanto crítica da linguagem, a lógica deparou-se com as linguagens artificiais. E assim, uma a uma as ordens sociais passaram a se deparar com a questão da linguagem”.³⁰ Neste sentido, observa-se, então, que a filosofia assumiu novos contornos, ao adotar a temática da linguagem, o que, para Streck,³¹ passa a “[...] florescer com maior ênfase, na segunda metade do século XX”.

Com isto, para melhor compreender semanticamente o fenômeno da decisão judicial, empreender-se-á uma verificação sobre os mais importantes paradigmas da filosofia da linguagem até hoje existentes, todavia, sem o objetivo de exaurir o estudo sobre o tema. Ressalta-se que, “primeiramente, isso seria impossível e, segundo, tendo em vista que a verificação da ótica de alguns dos mais marcantes paradigmas filosóficos é meio e não o fim deste trabalho”.³² Porquanto, “conhecer qualquer objeto, inclusive as normas jurídicas e as decisões judiciais, é, de certo modo, conhecer a relação possível do objeto com a linguagem [...]”.³³

Assim, reflexões críticas que envolvam a linguagem são muito antigas, pois já estavam presentes nos escritos filosóficos gregos. Posto isto, “pode-se colocar como a primeira obra da filosofia da linguagem o escrito Crátilo, de Platão, do ano de 388

Acesso em 14 jun. 2020. Sobreleva o autor que: Generalizando, são identificadas duas principais correntes sobre a filosofia da linguagem: a Escola Analítica de Cambridge com o positivismo lógico do Círculo de Viena e a Escola de Oxford, ou filosofia da linguagem ordinária.

²⁹ NIGRO, Rachel Barros. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.34, p. 170-211, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/231>. Acesso em: 16 jun. 2020.

³⁰ SCHURIG, Alessandra Cavalcante Scherma. A filosofia não analítica da linguagem, a virada linguística e a virada pragmática. **PERIAGOGE – UCD**, Brasília, v. 2, n. 1. p. 49-50, 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/periagoge/article/view/10426>. Acesso em: 18 mar. 2020.

³¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 140.

³² VIEIRA, Carolina Sena. **A norma antissimulação fiscal do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional: uma construção sintática, semântica e pragmática**. 2017. p. 43. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/176760>. Acesso em: 18 maio 2020.

³³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. rer. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 23.

a.C.”³⁴³⁵ na qual, o filósofo grego, declara que a linguagem é instrumento puro, expressão secundária do pensamento, haja vista que o conhecimento humano é constituído independentemente da necessidade de palavras/linguagem.³⁶ Ou seja, “[...] o ente tem de ser conhecido sem as palavras [...], puramente a partir dele mesmo [...]”.³⁷ Na opinião de Oliveira:³⁸

A linguagem é reduzida a puro instrumento, e o conhecimento do real se faz independentemente dela. O puro pensar, a contemplação das Ideias, é para Platão um diálogo sem palavras, da alma consigo mesma [...]. A linguagem não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma função designativa: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela. Sua tese fundamental é a distinção radical entre pensamento e linguagem, sendo esta reduzida a expressão secundária ou instrumento do pensamento.

Ainda nesta linha de pensamento, Aristóteles, contemporâneo, discípulo e crítico de Platão, inicia suas reflexões com uma crítica aos sofistas, os quais, para ele, centravam suas ideias na eficácia do discurso como ferramenta de poder e imposição sobre os indivíduos.³⁹ Porém, a linguagem, para o pensador, permanece, assim, como para seu mestre, em um lócus secundário, em relação ao intelectualmente percebido, em que consideram-na somente como um símbolo, uma significação daquilo que é real. Ou seja, um modo convencional de expressar a essência das coisas e conceder-

³⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 97.

³⁵ VIEIRA, Carolina Sena. **A norma antissimulação fiscal do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional**: uma construção sintática, semântica e pragmática. 2017. p. 43. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/176760>. Acesso em: 18 maio 2020. Afirma o autor que: “É no diálogo Crátilo, de Platão, que se tem a expressão da base do pensamento filosófico que se apoiou a filosofia tradicional do ocidente”.

³⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. Tradução de: Wahrheit und Methode. v. 1. p. 592.

³⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 22.

³⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

lhes possibilidade de sentido.⁴⁰⁴¹ Desta forma, Braida⁴² escreve que “a linguagem é apenas um signo secundário de uma imagem primária da coisa real”.

Ao aprofundar seus pensamentos, a concepção de linguagem, para Aristóteles, “entra em jogo [um]a função predicativa da composição e da divisão de significações e da posição destas no juízo existencial, o qual corresponde ou não a um estado de coisas ou fato”.⁴³ Ou seja, agora a semântica aristotélica vislumbra um panorama em que a linguagem “[...] não apenas designa o objeto (função de significação) como também o constitui, sendo portanto indispensável para o conhecimento do ser.”⁴⁴ Ressalta-se que Aristóteles foi responsável por “[...] uma ruptura epistemológica, que vai conduzir a humanidade a um primeiro esforço sério de tomada de consciência dos mecanismos em jogo na realização do nosso saber”.⁴⁵ Entretanto, Oliveira⁴⁶ aponta que:

Na história do Ocidente, sempre se questionou um ou outro aspecto isolado desse processo, conservando-se, porém intocada a concepção da linguagem como algo secundário no conhecimento da realidade. Tal concepção faz-se presente nos tempos modernos, quando, por exemplo, Descartes admite a possibilidade de uma reflexão radical independente da tradição e da linguagem. Para ele, a consciência pode atingir a *certeza plena*, o problema fundamental da teoria do conhecimento, sem a mediação da linguística, isto é, por pura autointuição, sem nenhuma referência a uma comunidade linguística. De modo geral, pode-se dizer que só o segundo Wittgenstein questionou radicalmente os fundamentos dessa concepção (grifos do autor).

Feitas estas considerações, o que se observa é que discussões sobre a semântica da linguagem, a seu modo, já estavam presentes nas investigações filosóficas gregas, mas somente se destacou, verdadeiramente, no tradicional

⁴⁰ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 97.

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

⁴² BRAIDA, Celso Reni. **Filosofia e linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde, 2013. p. 22.

⁴³ BRAIDA, Celso Reni. **Filosofia e linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde, 2013.

⁴⁴ VIEIRA, Carolina Sena. **A norma antissimulação fiscal do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional: uma construção sintática, semântica e pragmática**. 2017. p. 47. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/176760>. Acesso em: 18 maio 2020.

⁴⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 26.

⁴⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 33-34.

pensamento filosófico ocidental quando da separação entre realidade e representação linguística. Todavia, como destacam Streck⁴⁷ e Habermas⁴⁸, o caminho percorrido, até esse momento, foi longo e, perpassou pelo pensamento metafísico de Aristóteles e Platão, bem como, pelo neoplatonismo de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, por Descartes, Spinoza, Leibniz, até alcançar Kant, Husserl, Fichte, Schellin e Hegel.

Assim, ao condensar o pensamento metafísico ocidental, se possível, presume-se que a ideia filosófica central está num “[...] processo de adequação do olhar ao objeto, buscando a similitude entre pensamento e coisa, desvendando as essências próprias das coisas”.⁴⁹ Ou, como escreveu Oliveira,⁵⁰ “para a metafísica clássica, o conhecimento consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem”. Ou seja, na tradição do pensamento metafísico ocidental sempre existiu certa equivalência entre realidade e linguagem, mas as palavras são, simplesmente, conceitos e a linguagem liga-se à essência verdadeira das coisas.⁵¹

Convém evidenciar, neste ponto, que Kant foi o responsável pela abertura das portas para a titulada filosofia da consciência,⁵² onde considera-se a consciência humana, para a reflexão filosófica, uma mediação necessária para o processo de conhecimento, “[...] de tal modo que o pensamento clássico é considerado, em bloco, dogmático por não ter sido capaz de tematizar a mediação consciencial do processo do conhecimento”.⁵³ Na mesma direção, para Chauí,⁵⁴ a filosofia kantiana “[...] deu prioridade ao sujeito do conhecimento, enquanto empiristas e inatistas davam

⁴⁷ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. Tradução de: Nachmetaphysisches Denken, Philosophische Aysätze.

⁴⁹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 105.

⁵⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 120-121.

⁵¹ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais da hermenêutica**. Tradução Carlos Lopes de Matos. São Paulo: São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973. Tradução de: Grundfragen der Hermeneutik.

⁵² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 36. Para o autor, a filosofia da consciência pode, também, ser titulada como filosofia transcendental, pois, “[...] em vez nos dirigimos aos objetos, transcendemos dos objetos para uma condição de possibilidade, [...] de todo conhecimento de objetos”.

⁵³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 36.

⁵⁴ CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 80.

prioridade ao objeto do conhecimento.” Igualmente, Oliveira,⁵⁵ salienta, em caráter exemplificativo, que:

E. Husserl, o fundador de uma das correntes filosóficas mais importantes em nossos dias, por um lado põe-se dentro dessa tradição filosófica consciencial dos tempos modernos; por outro, significa uma transformação bastante importante no quadro dessa tradição. Sua semântica, que de certo modo é fundamental em todo movimento fenomenológico, repõe as ideias básicas da tradição – a linguagem como elemento secundário no conhecimento da realidade –, situando-as, porém, no contexto novo de uma filosofia da consciência, em seu primeiro período de maneira implícita, depois, na fase fenomenológica transcendental, de modo bastante consciente.

Nesta sequência, também, perpassou os escritos teóricos conhecidos como antimetafísicos, cuja essência está em negar os elementos que, historicamente, construíram o ser da filosofia, ou seja, “[...] a busca da verdade e a crença na capacidade da razão de atingir a essência das coisas”.⁵⁶ Assim, a contrapor-se ao pensamento ocidental vigente, está o materialismo antigo, o ceticismo, o nominalismo, o empirismo moderno e o conceitualismo,⁵⁷ que compreende, inclusive, os estudos de teóricos como Ockham, Hobbes, Berkeley, Hume e Nietzsche, o seu maior representante moderno. Como realça Streck, “pode-se dizer que é em Nietzsche que se reproduz uma ruptura do paradigma metafísico-essencialista vigente desde a antiguidade grega”.⁵⁸

Porém, o início de uma verdadeira superação da visão da linguagem como pura designação de objetos idealizada, ainda, pelos gregos primitivos, deu-se apenas, no entendimento de Coreth,⁵⁹ com o surgimento, nos séculos XVIII e princípio do XIX, de

⁵⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 36-37.

⁵⁶ ROCHA, Sílvia Pimenta Velloso. Ontologia do real e ética da afirmação em Clément Rosset. **Revista Trágica**: estudos de filosofia da imanência, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 10, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/tragica/article/view/27302>. Acesso em: 13 mar. 2020.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. Tradução de: Nachmetaphysisches Denken, Philosophische Aysätze.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 116-117.

⁵⁹ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais da hermenêutica**. Tradução Carlos Lopes de Matos. São Paulo: São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973. Tradução de: Grundfragen der Hermeneutik.

uma novel perspectiva, cujo idealizador, de certo modo, foi Giambattista Vico, mas, que floresceu, especialmente, pelos pensamentos de Hamann, Herder e Humboldt.⁶⁰ Destarte, tais autores, mais de um século antes da virada linguística, já criticavam “[...] a concepção de linguagem vigente em quase toda a história da filosofia e propunham uma nova maneira de conceber as relações entre pensamento, razão e linguagem”.⁶¹

Neste sentido, enfatiza Gadamer⁶² que foi somente com o rompimento de prejulgamentos, teológicos e racionalistas, que Humboldt e Herder, por exemplo, “[...] aprenderam a ver as línguas como maneiras de ver o mundo. Ao reconhecer a unidade de pensamento e fala, tiveram acesso à tarefa de comparar as diversas maneiras de dar forma a essa unidade como tal”. Para Streck,⁶³ Hamann, Herder e Humboldt iniciaram a “[...] invasão da filosofia pela linguagem, linguisticizando o mundo, (re)colocando a linguagem no lugar cimeiro, escondida/abafada que estava desde o esquecimento [...] do ser pela metafísica platônica-aristotélica e da filosofia que se seguiu a estes”.

Todavia, foi nos séculos XIX e início do XX que consideráveis modificações sobre o pensamento filosófico vigente frutificaram. Ou seja, principiouse uma verdadeira alteração dos paradigmas da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, neste momento, alicerçada nas críticas aos fundamentos filosóficos sobre

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Tradução de: Wahrhit und Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze. p. 73-74. Diz o autor que: “Do ponto de vista semântico, Humboldt procede a uma dupla distinção do conceito transcendental da espontaneidade da linguagem, espontaneidade ‘formadora do mundo’. A linguagem desenvolve operações constitutivas não apenas no nível dos modelos de interpretação cultural, mas também no das práticas sociais. No aspecto cognitivamente relevante, a linguagem articula uma pré-compreensão do mundo como um todo, partilhada intersubjetivamente pela comunidade linguística. Essa visão de mundo serve como recurso para modelos de interpretação partilhados. Discretamente, ela volta o olhar para direções relevantes, forma prevenções e cria assim o pano de fundo ou a moldura não-problemática para interpretações possíveis dos eventos intramundanos. Ao mesmo tempo, no aspecto relevante para a prática, a linguagem molda o caráter e a forma de vida de uma nação. Esse mundo da vida linguisticamente estruturado constitui o pano de fundo da prática cotidiana e marca o ponto de sutura onde a teoria social pode se anexar à teoria da linguagem”.

⁶¹ HUMBOLDT, Wilhelm Von. Sobre pensamento e linguagem. Tradução e apresentação Antonio Ianni Segatto. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 32, n. 1, p. 198, 2009. Tradução de: Über Denken und Sprechen. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100012&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt#back1. Acesso: 14 mar. 2020.

⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. Tradução de: Wahrheit und Methode. v. 1. p. 586.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Herm enêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 136.

a dicotomia da relação sujeito-objeto.⁶⁴ Diante deste contexto, importante foram, também, as contribuições de Ferdinand de Saussure e Charles Peirce nesse período, visto que, “[...] os trabalhos de ambos rompem com os dualismos dos conceitos que embasam a filosofia da consciência, até então ainda dominantes”.⁶⁵

Warat, ao escrever sobre linguística e semiologia aplicada ao direito, destaca que Ferdinand de Saussure e Charles Peirce, “quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, [...] sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sîgnicos. O primeiro propôs denominá-la de semiologia e o segundo, semiótica”.⁶⁶ Assim é que, Saussure, ao desenvolver seu projeto semiológico, pautou-se na importância do signo linguístico (também definido como significante e significado) para a sociedade. Para tanto, “[...] foi necessário estruturar toda uma teoria, até então inexistente, na qual a estrutura predomina sobre o sujeito, que explicasse o funcionamento dos mecanismos linguísticos”.⁶⁷

Então, em Saussure, a linguagem constituiu-se por dois fenômenos distintos, língua e fala, os quais estão intimamente ligados e se implicam reciprocamente. Desta sorte, a primeira parte é essencial, social, psíquica e independente dos indivíduos. A segunda, por sua vez, é secundária, dependente dos indivíduos e, portanto, de caráter psicofísico.⁶⁸ Logo, a linguagem envolve circunstâncias por demais diferentes, sendo, por conseguinte, heterogênea, fato que levou Saussure a dedicar-se amplamente, somente ao estudo da língua.⁶⁹

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. Tradução de: Nachmetaphysisches Denken, Philosophische Aufsätze.

⁶⁵ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 126.

⁶⁶ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 11.

⁶⁷ SEIDEL, Verônica Franciele; SILVA, Charlies Uilian de Campos Silva. O signo e seus conceitos: de Saussure a Bakhtin/Volochínov. **Revista Tabuleiro de Letras – PPGEL**, Salvador, v. 11, n. 2, p. 180, dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/tabuleirodeletras/article/view/4113/2746>. Acesso em: 29 mar. 2020.

⁶⁸ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27. ed. Tradução Antônio Chelani, José Paulo Paes e Izidoro Bilkstein. São Paulo: Cultrix, 2006. Tradução de: Cours de linguistique générale.

⁶⁹ SEIDEL, Verônica Franciele; SILVA, Charlies Uilian de Campos Silva. O signo e seus conceitos: de Saussure a Bakhtin/Volochínov. **Revista Tabuleiro de Letras – PPGEL**, Salvador, v. 11, n. 2, p. 179-192, dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/tabuleirodeletras/article/view/4113/2746>. Acesso em: 29 mar. 2020.

A partir disto, Saussure elaborou uma teoria, tal qual Warat,⁷⁰ em que a “[...] língua é considerada um sistema de signos”, ou melhor, “[...] pode-se dizer que a língua é uma teoria sobre os signos”. Desta forma, é possível compreender que a língua, na teoria dos signos, representa um conjunto de valores que, para Warat,⁷¹ “[...] expressa e organiza os conceitos da mente”. O signo, por seu turno,

[...] é estável e compreensível apenas em seu valor na língua, já que esta é sempre recebida pela massa de falantes como uma herança ou um produto da época precedente, em que a relação entre significante e significado não é mediada pela experiência, mas baseada em um conjunto de normas.⁷²

Noutro norte, para Charles Peirce, um dos precursores do pragmático, em suas notas sobre a Semiótica, escritas no transcorrer de aproximadamente meio século e de importância histórica, já que, se não tivessem permanecido anônimas, “[...] até 1930 e anos seguintes, ou se pelo menos, suas obras publicadas tivessem sido conhecidas dos linguistas, suas pesquisas teriam, sem dúvida, exercido influência única no desenvolvimento internacional da teoria linguística”.⁷³ Para o filósofo norte-americano, então, a linguagem forma-se pelo conjunto de signos que as pessoas utilizam para a comunicação, percebidos pelos sentidos dos indivíduos, de modo a identificar a linguagem verbal e não-verbal. Ou seja, o signo compõe a linguagem “[...] que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém”.⁷⁴

Na Semiótica Peirceana, os fenômenos, dentre eles a linguagem, são categorizados segundo a tricotomia do interprete, em primeiridade, secundidade e terceiridade relacionadas, respectivamente, com um sentimento inicial. Ou seja, “[...] um quase-signo do mundo: nossa primeira forma rudimentar, vaga, imprecisa e indeterminada de predicação das coisas”;⁷⁵ a existência, pois, “há um mundo real,

⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 25.

⁷¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 26.

⁷² SEIDEL, Verônica Franciele; SILVA, Charles Uilian de Campos Silva. O signo e seus conceitos: de Saussure a Bakhtin/Volochínov. **Revista Tabuleiro de Letras – PPGEL**, Salvador, v. 11, n. 2, p. 184, dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/tabuleirodeletras/article/view/4113/2746>. Acesso em: 29 mar. 2020.

⁷³ JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. Tradução Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2010. Tradução de: Linguistics and Communication. p. 100.

⁷⁴ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 3. ed. 2. reimp. Tradução José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva. 2005. Tradução de: The Collected papers. p. 46.

⁷⁵ SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 46.

reativo, um mundo sensual, independente do pensamento [...]. A factualidade do existir (secundidade) está nessa corporificação material”.⁷⁶ E, por último, o signo ou representação, “[...] é um veículo que comunica à mente algo exterior”.⁷⁷ Em síntese, “[...] corresponde à camada de inteligibilidade, ou pensamento em signos, através da qual representamos e interpretamos o mundo”.⁷⁸ O signo, portanto, “[...] é mediação entre objeto e interpretante”.⁷⁹

Ao tratar da linguagem, o entusiasta da Semiótica, Charles Peirce, ressalta que para este “todo o pensamento é signo; a palavra ou o signo que utiliza o homem é o homem mesmo; o pensamento é de natureza linguística; não se pensa sem signos; o vir a ser de um interpretante é dependente do ser do signo, [...]”.⁸⁰ Noutras palavras, “[...] o homem é a própria linguagem”.⁸¹ Também, para Santaella, toda a obra peirceana contribuiu, sobretudo, para compreensão dos processos comunicativos da humanidade, “[...] dado que, não há, de modo algum, comunicação, interação, projeção, previsão, compreensão etc. sem signos”,⁸² ou seja, “[...] a palavra ou o signo que o homem usa é o próprio homem”.⁸³

Desta feita, enfatiza-se as contribuições de Charles Peirce, que convencionou chamar de virada linguística⁸⁴ o ocorrido no século XX. Assim, não é incorreto declarar que Pierce, “[...] ultrapassando os dualismos típicos da metafísica e a própria relação sujeito-objeto vigorante na filosofia da consciência colocam-no ao lado daqueles que

⁷⁶ SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 46.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 132.

⁷⁸ SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 47.

⁷⁹ SANTAELLA, Lúcia. As três categorias peirceanas e os três registros lacanianos: correspondências. **Revista Cruzeiro Semiótico**, n. 4, p. 28, jan. 1986. Disponível em: <http://felsemiotica.com/descargas/cruzeirosemiótico4.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 133.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 135.

⁸² Santaella, Lucia. A teoria geral dos signos: semiose e autogeração. São Paulo: Ática, 1995. p. 11.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 134-135.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 141. Explica-se que o termo, ora, tratado como virada linguística foi chamado por Lenio Luiz Streck, também, de viragem linguística, por Richard Rorty de giro linguístico, por Jürgen Habermas de guinada linguística e de reviravolta linguística, nas palavras de Manfredo Araújo de Oliveira.

como Humbolt, Herder e Hamann, iniciaram o processo [...],⁸⁵ de incursão da linguagem na filosofia. Neste alinhamento, na visão de Carvalho:⁸⁶

Esse paradigma, vigente até o final do século XIX, estabelecia uma relação dual entre o sujeito que pensa, capaz de desvendar uma verdade pura, e o objeto de estudo, ao qual o sujeito tem um acesso direto e isento de preconceções. Trata-se do paradigma sujeito-objeto, em que a linguagem é simples veículo de tradução do pensamento do intérprete, que se assenhora da coisa pelo poder de sua racionalidade. A máxima, nesse contexto, é a de que as coisas são aquilo que o homem diz que elas são.

Assim é, que no século XX, os problemas da filosofia passam a ser, também, obstáculos pertencentes à linguagem, perante a “[...] propalada “invasão” da filosofia pela linguagem” e, conseqüentemente, “[...] do ingresso do mundo prático na filosofia”. Mais do que isto, “[...] avançava-se em direção a esse novo paradigma”.⁸⁷ Neste ponto, importante frisar que esse novo modelo pressupõe uma alteração no, até então vigente, pensamento filosófico moderno, que centrava sua fundamentação, em resumo, na subjetividade do sujeito racional e em suas experiências práticas (empíricas), ou seja, na filosofia da consciência.

A partir de então, a filosofia alterou seu centro de estudos, ao substituir o eu (sujeito) pela análise do sentido das palavras do indivíduo, e o fez, historicamente, impulsionada pelos escritos de grandes filósofos, como Frege, Russell e Wittgenstein, os quais “[...] desenvolveram reflexões filosóficas importantes relacionadas à linguagem”,⁸⁸ estas que foram, também, cruciais para a alteração paradigmática da filosofia. Em Oliveira:⁸⁹

[...] pode se afirmar que a filosofia da linguagem começa a dar seus primeiros passos com o filósofo Gottlob Frege. Dentre seus escritos, Frege deu grande importância à teoria do significado, ou seja, retomou

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 135.

⁸⁶ CARVALHO, Pedro Felipe Wosch de. Giro linguístico e limites semânticos da interpretação de textos legais. **Revista da ASSEJUR**, Curitiba, ano 2, n. 2, p. 24-25, dez. 2018. Disponível em: <http://www.assejurpr.com.br/wp-content/uploads/2018/12/ONLINE-ARTIGO-1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14.

⁸⁸ COSTA, Cláudio. **Filosofia da linguagem**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011. p. 05.

⁸⁹ OLIVEIRA, Bruno Fernandes de. A filosofia semântica tradicional: uma abordagem entre Frege e Russell. **Revista Alamedas**, Toledo-PR, vol. 3, n. 2, p. 02, 2015. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/alamedas/article/view/12793/9248>. Acesso em: 12 jun. 2020.

novamente o problema do significado das sentenças, que de certa forma havia sido abandonado pela história da filosofia. Posteriormente, Russell deu sua contribuição a esta teoria. Tais contribuições podem ser caracterizadas como 'Teoria Semântica Tradicional'.

Nesta perspectiva, tem-se, num primeiro momento, Gottlob Frege⁹⁰ (1848-1925), filósofo e matemático alemão, a quem, segundo Simon,⁹¹ atribuí-se os passos iniciais para a convencionada, na época, de virada linguística, haja vista que, “o programa filosófico de Frege [...] o levou a ser o primeiro a considerar, de maneira sistematizada, os problemas da linguagem no esclarecimento de problemas filosóficos”. A semântica de Frege, “[...] deu grande importância à teoria do significado, ou seja, retomou novamente o problema do significado das sentenças, que de certa forma havia sido abandonado pela história da filosofia”.⁹² Em seus escritos, o signo (além daquilo que designa) possui, unido a ele, referência e sentido, pois “[...] plausível pensar que exista, unido a um sinal (nome, combinação de palavras, letras), [...], que pode ser chamado de sua referência [...], ainda o que eu gostaria de chamar de o sentido [...] do sinal, onde está contido o modo de apresentação do objeto”.⁹³

Posteriormente, o britânico Bertrand Russell (1872-1970), na Universidade de Cambridge, contribuiu com seus textos, sobretudo, para as mudanças semânticas ocorridas no século XX, pois, juntamente a Frege e, posteriormente, a Wittgenstein, estabeleceu uma nova postura para o pensamento filosófico, por meio do mapeamento lógico da linguagem e da proposição de uma linguagem ideal que, ora, substituiria a linguagem ordinária.⁹⁴

⁹⁰ SEARLE, John Rogers. O que é linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Tavas L. (org.). **A filosofia da linguagem de John Searle**: força, significação e mente. Tradução Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2012. Tradução de: John Searle's Philosophy of Language: Force, Meaning, and Mind. p. 12. Declara o autor que: “[...] as maiores realizações da filosofia nos últimos cem ou 125 anos foram feitas na Filosofia da Linguagem. Começando por Frege, que inventou o assunto, e continuando com Russell, Wittgenstein, Quine, Austin e seus sucessores, até os dias de hoje, não há nenhum ramo da filosofia com tanto trabalho de alta qualidade como a Filosofia da Linguagem”.

⁹¹ SIMON, Henrique Smidt. **Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem**: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart. Belo Horizonte: Argumentvm, 2006. p. 32.

⁹² OLIVEIRA, Bruno Fernandes de. A filosofia semântica tradicional: uma abordagem entre Frege e Russell. **Revista Alamedas**, Toledo-PR, vol. 3, n. 2, p. 02, 2015. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/alamedas/article/view/12793/9248>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁹³ FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. Tradução Paulo Alcoforado. 2.ed. ampl. e rev. São Paulo: Universidade de São Paulo-Edusp, 2009. Tradução de: *Schriften zur Logik und Sprachphilosophie*. p. 131.

⁹⁴ GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito,

Posto isto, sua teoria do conhecimento baseava-se, concisamente, numa relação entre linguagem e mundo. Ou seja, uma teoria que estuda o ser do mundo, “[...] uma vez que a linguagem é vista, até então, tão-somente como um instrumento para a descrição mundo real; de tal modo que, [...], a estrutura lógica da linguagem deveria refletir a estrutura lógica do mundo”.⁹⁵

Neste seguimento, para Russell, nos termos da sua teoria do conhecimento do mundo, existe duas espécies de conhecimentos, quais sejam: por familiaridade e por descrição. Assim, o conhecimento por familiaridade dá-se por meio do contato direto e sensível, pela experiência com as coisas, ou seja, pela relação imediata com os elementares do mundo. Por outro lado, o conhecimento por descrição seria aquele que recai sobre as coisas complexas e já conhecidas por familiaridade.⁹⁶

Diante destas premissas, Russell apresentou ao mundo o seu atomismo lógico, teoria da linguagem que propõe, em síntese, serem todas as “[...] sentenças da linguagem, quando devidamente analisadas, [...], constituídas de signos atômicos que se refeririam a elementos simples e também indivisíveis da realidade física, os “fatos atômicos” – aquilo que conhecemos por familiaridade”,⁹⁷ isto é, as coisas que diretamente são experienciadas.

Finalmente, Ludwig Wittgenstein (1889-1951), austríaco e, considerado por muitos o maior filósofo do século XX, em sua obra “Tractatus Lógico-Philosophicus” (também conhecido como o 1º Wittgenstein), dedicou-se ao estudo da linguagem ideal e, nesta empreitada, demonstrou que “[...] a linguagem figura o mundo sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa [...]”,⁹⁸ o que permite relatar os acontecimentos do mundo. Porém, para o autor, não se pode expressar o mundo em palavras, visto

Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em:
<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020.

⁹⁵ GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. p. 25. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em:
<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020.

⁹⁶ COSTA, Cláudio. **Filosofia da linguagem**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

⁹⁷ GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. p. 26. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em:
<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020.

⁹⁸ OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 36, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.04>. Acesso em: 03 ago. 2020.

que “[...] o mundo se divide em fatos”,⁹⁹ em outros termos, em algo que realmente acontece.¹⁰⁰

Para Oliveira,¹⁰¹ ao escrever sobre Wittgenstein, o “[...] mundo real é, apenas, um ponto no espaço lógico onde são pensáveis outros pontos, isto é, outros mundos possíveis. Nesse espaço lógico estão os fatos que constituem o mundo real, mas poderiam estar outros, [...]”. Observa-se, então, que “o 1º Wittgenstein afirma o caráter transcendental da linguagem, o pensamento se reveste de uma estrutura simbólica, que não é psicológica, o pensamento sai da consciência para habitar a linguagem”.¹⁰²

Em seguida, nas primeiras décadas do século passado, influenciados¹⁰³ por Frege, Russell e Wittgenstein, grupos de intelectuais discutiam, na Universidade de Viena, temas que envolviam filosofia, religião, economia, jurisprudência, dentre outros assuntos relevantes, em outros termos. Este movimento cultural tornou-se conhecido como o Círculo de Viena. Diante disto, em 1929, os pensadores Hahn, Neurath e Carnap¹⁰⁴ escreverem um manifesto, sob o título de “A Concepção Científica do Mundo

⁹⁹ “[...] the world divides into facts”. Wittgenstein, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução direta do alemão de C. K. Ogden. New York: Harcourt, Brace & Company, Inc., 2010. p. 25. Tradução do original alemão. *E-book*. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/5740/5740-pdf.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 33-41, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.04>. Acesso em: 03 ago. 2020.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 100

¹⁰² ARAÚJO, Inês Lacerda. A natureza do conhecimento após a virada linguístico-pragmática. **Revista de Filosofia**, Curitiba, v. 16, n.18, p. 108, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1483>. Acesso em: 03 maio 2020.

¹⁰³ GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. p. 38. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020. Salienta o autor que: “É verdade que certas ideias veiculadas no *Tractatus* tiveram profunda influência sobre o *forum* de debates entre pesquisadores e teóricos da ciência denominado Círculo de Viena, mas também é verdade que algumas das ideias de Wittgenstein eram radicalmente opostas às desse grupo” (grifos do autor).

¹⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 39. Com fins meramente didáticos convém indicar, como anuncia o autor que: foi Carnap quem melhor dividiu a semiótica quando, o fez, em três frentes, quais sejam: a sintaxe, com o objetivo de estudar da estrutura formal da linguagem, por meio da análise lógico-linguística; a semântica, que busca o verdadeiro sentido das proposições, através da relação entre enunciados e a realidade e, por fim, a pragmática, nas preferências discursivas. Assim, “estes três níveis de análise constituem as partes da semiótica, entendida como a teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação. Mediante tais níveis, tenta-se estabelecer regras que, apesar de não serem inerentes às linguagens, permitem sua análise”.

– O Círculo de Viena”, onde definiram as premissas, o objeto e forma de estudo do Círculo.¹⁰⁵ Para Carvalho:¹⁰⁶

Na segunda década do século passado, adquiriu corpo e expressividade uma corrente do pensamento humano voltada à natureza do conhecimento científico, denominada de Neopositivismo Lógico – também conhecida como Filosofia Analítica ou Empirismo Lógico. Tal corrente estruturou-se com a formação do Círculo de Viena, um grupo heterogêneo de filósofos e cientistas de diferentes áreas (físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos, juristas, etc.), profundamente motivados e interessados em seus respectivos campos de especulações, que se encontravam, sistematicamente, em Viena, para discutir e trocar experiências sobre os fundamentos de suas ciências. Esta intensa troca de ideias possibilitou uma série de conclusões tidas como válidas para os diversos setores do conhecimento científico e contribuíram para formação uma Teoria Geral do Conhecimento Científico (Epistemologia).¹⁰⁷

Nesta continuidade, o objetivo dos membros do Círculo de Viena, das mais diversas áreas do conhecimento, era, sem dúvida, o desenvolvimento de um programa “[...] de fundamentação das teorias científicas em uma linguagem lógica, e de discutir questões filosóficas através de uma análise lógica rigorosa que levasse à solução, ou melhor, à dissolução dessas questões tal como formuladas tradicionalmente”.¹⁰⁸ Consequentemente, as discussões empreendidas por este grupo de filósofos resultaram num afastamento das questões metafísicas e uma

¹⁰⁵ SIMON, Henrique Smidt. **Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem**: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

¹⁰⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito**: o Constructivismo Lógico-Semântico. 2009. p. 42-43. Tese (Doutorado em Filosofia do Direto) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8649>. Acesso em: 05 maio 2020.

¹⁰⁷ GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. p. 38. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020. Destaca o autor que: “Um equívoco bastante frequente sobre a história da teoria do conhecimento científico, em grande parte causada pelas generalizações de manuais de história da filosofia, é a confusão entre: (i) Filosofia Analítica da Linguagem; (ii) Positivismo Lógico (ou Neopositivismo) e (iii) Empirismo Lógico. São três concepções que, conquanto tenham pontos em comum entre si, têm também profundas e inconciliáveis diferenças.

¹⁰⁸ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. E-book (não paginado). Disponível em: <https://direito2a.files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

centralização na concepção científica do mundo, ou seja, em um método de análise lógica.¹⁰⁹

Assim, após os estímulos oferecidos por Frege, Russell, Wittgenstein e pelos neopositivistas, “[...] a importância da linguagem não parou de crescer do início do século XX até a véspera da Segunda Guerra Mundial, [...]”¹¹⁰ e, continuou em apogeu, já que, logo depois da Segunda Guerra Mundial, “[...] o giro linguístico se acentuara ainda mais, diversificando suas expressões, adotando novas modalidades e ampliando sua área de influência até atingir os Estados Unidos, onde viria a alcançar um domínio hegemônico no âmbito filosófico”.¹¹¹ Com efeito, importa destacar que:

A reviravolta linguístico-pragmática¹¹² emerge como o estágio de superação do esquema sujeito-objeto, onde a preocupação é justamente derrubar a cisão entre teoria e prática que imperou tanto na filosofia do ser (=paradigma aristotélico) quanto no paradigma da consciência (=modernidade).¹¹³

Portanto, como opção à filosofia da consciência, na contemporaneidade, manifestou-se a filosofia da linguagem e, assim, ela adquiriu papel predominante na filosofia, por meio do giro linguístico. Posto isto, a virada linguística, por assim dizer, é uma locução “[...] que esteve em moda nos anos 1970 e 1980 para designar uma certa mudança que ocorreu na filosofia e em várias ciências humanas e sociais, e que

¹⁰⁹ VIEIRA, Carolina Sena. **A norma antissimulação fiscal do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional**: uma construção sintática, semântica e pragmática. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/176760>. Acesso em: 18 maio 2020.

¹¹⁰ GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004. Tradução de: *Analises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 29.

¹¹¹ GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004. Tradução de: *Analises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 30.

¹¹² NIGRO, Rachel Barros. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.34, p. 170-211, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/231>. Acesso em: 16 jun. 2020. Evidencia a autora que: A denominada virada linguístico-pragmática foi, ainda que, inequivocamente, iniciada pelo segundo Wittgenstein, onde as questões filosóficas são deslocadas para o campo da linguagem enquanto comunicação, interação e entendimento entre sujeitos. Já Habermas propõem o deslocamento da racionalidade (centrada no sujeito) para a linguagem e seus constituintes elementares, ou melhor, para os atos da fala, assim, foi que a virada pragmática complementou a virada linguística.

¹¹³ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguístico-pragmática e esboços de uma nova hermenêutica jurídica. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 232, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/issue/view/86>. Acesso em: 13 maio. 2020.

as estimulou a dar uma atenção major ao papel desempenhado pela linguagem [...]”.¹¹⁴

Para Gamboa:

O giro linguístico - linguistic turn – [...] apresenta uma longa tradição e diversas interpretações, entretanto fundada numa mesma matriz: a reação à filosofia analítica, à lógica formal, ao mentalismo e ao primado das coisas sobre as palavras. O ‘giro linguístico’ desloca a centralidade do objeto ou das coisas representadas na mente (ponto de partida da lógica formal) para a linguagem e as palavras. Nesse caso, as palavras (a linguagem e o discurso) tornam-se a referência (o centro ou ponto de partida) das coisas.¹¹⁵

Com isto, percebeu-se logo que o conhecimento humano é limitado e está subjugado ao sujeito e ao lugar onde produziram-no. Em outras palavras, “[...] o mundo de significados construído pelo homem (expresso de forma linguística) é o fio condutor de seu pensamento”¹¹⁶ e, por consequência, a relação entre o sujeito e o objeto “[...] cede lugar à relação sujeito-sujeito, em que o homem não se relaciona diretamente com a coisa, mas com o significado construído sobre ela, mediante a interação linguística humana”.¹¹⁷ Consoante Streck,¹¹⁸ “o sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora”, e não o sujeito da relação de objetos”.

Neste mesmo sentido, conforme Arrabal, Engelmann e Kuczkowski,¹¹⁹ a guinada linguística ocasionou uma mudança no modo de identificar o mundo (e as

¹¹⁴ GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004. Tradução de: *Analises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 19.

¹¹⁵ GAMBOA, Silvio Áncizar Sánchez. **Reações ao giro linguístico**: o resgate da ontologia ou do real, independente da consciência e da linguagem. Porto Alegre, RS: CBCE, 2009. Disponível em: <http://www.cbce.org.br/upload/file/gttepistemologia/REA%C3%87%C3%95ES%20AO%20GIRO%20LINGU%C3%8DSTICO%20Silvio%20S%C3%A1nchez%20Gamboa.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020. p. 03.

¹¹⁶ CARVALHO, Pedro Felipe Wosch de. Giro linguístico e limites semânticos da interpretação de textos legais. **Revista da ASSEJUR**, Curitiba, ano 2, n. 2, p. 25, dez. 2018. Disponível em: <http://www.assejurpr.com.br/wp-content/uploads/2018/12/ONLINE-ARTIGO-1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

¹¹⁷ CARVALHO, Pedro Felipe Wosch de. Giro linguístico e limites semânticos da interpretação de textos legais. **Revista da ASSEJUR**, Curitiba, ano 2, n. 2, p. 25, dez. 2018. Disponível em: <http://www.assejurpr.com.br/wp-content/uploads/2018/12/ONLINE-ARTIGO-1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14.

¹¹⁹ ARRABAL, Alejandro Knaesel; ENGELMANN, Wilson; KUCZKOWSKI, Sidnei. Filosofia da linguagem e giro linguístico: implicações para os direitos autorais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 86, jul. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/23205>. Acesso em: 05 maio 2020.

coisas dele), pois, o que era “[...] antes reconhecido como algo inerente ao próprio mundo (metafísica clássica) e compreendido por meio da racionalidade (filosofia da consciência), passa a ser entendido como emergência da linguagem”. Esta virada rumo à linguagem contribuiu, igualmente, para o delineamento de novas concepções sobre a essência do conhecimento e consentiu que “[...] surgissem novos significados para aquilo que se costuma entender pelo termo ‘realidade’ – tanto ‘social’ ou ‘cultural’ quanto ‘natural’ ou ‘física’ [...]”,¹²⁰ bem como, ressignificou os contextos teórico e metodológico de investigação da linguagem, como uma outra forma de expressão do pensamento. Na opinião de Habermas:¹²¹

[...] viragem linguística colocou o acto de filosofar sobre alicerces metodológicos mais sólidos, fazendo-o sair das aporias da teoria da consciência. Ao mesmo tempo, também se desenvolveu uma concepção ontológica da linguagem, que torna a função da linguagem franquear o acesso ao mundo independente face aos processos intramundanos de aprendizagem e transfigura a metamorfose das imagens linguísticas num acontecer poético de origem.

Com o mesmo propósito, o movimento filosófico contemporâneo, que culminou no nascimento da legítima filosofia da linguagem, teve por objeto de investigação a análise da linguagem e do processo de significação, independentemente da frente adotada, ou seja, a analítica ou a pragmática.¹²² Para Warat, nesta outra maneira de pensar a filosofia admitiu-se que:

[...] a ideia de que o conhecimento pode ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente linguística. Uma linguagem defeituosa pode, assim, em muitas circunstâncias, por si só, proporcionar-nos um quadro distorcido de nossas preocupações cognitivas. Desta forma, reduzindo a filosofia à epistemologia e esta à semiótica, afirmam que a missão mais importante da filosofia deve realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa busca de questionamentos estritamente linguísticos.¹²³

¹²⁰ GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004.

Tradução de: *Analises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 19.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. Tradução de: *Nachmetaphysisches Denken, Philosophische Ayfsätze*. p. 16.

¹²² NIGRO, Rachel Barros. **Desconstrução Linguagem Política**. 2007. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=11425@1>. Acesso em: 15 maio 2020

¹²³ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 37.

Ato contínuo, destaca-se que a viragem linguística se apresentou, até hoje, em três estágios, conhecidos como neopositivismo lógico, filosofia de Ludwig Wittgenstein e a filosofia da linguagem ordinária, a depender do momento e dos expoentes que participaram destas frentes de mobilidade do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem. Isto posto, primeiramente, tem-se o neopositivismo lógico, que, sinteticamente, sustentava uma filosofia independente dos ditames da metafísica, ou seja, fulcrada estritamente nela.¹²⁴

A segunda fase se apresenta como filosofia de Wittgenstein (ou 2º Wittgenstein com suas *Investigações Filosóficas*¹²⁵) que, juntamente a Heidegger, teceu consideráveis críticas à filosofia da consciência, especialmente, ao afirmar que não existe um mundo independente da linguagem, posto que é improvável definir a significação das expressões sem considerar os contextos de aplicação.¹²⁶ Assim, o significado “[...] não é mais estabelecido pela forma da proposição, nem pelo sentido de seus componentes, nem por sua relação com fatos, mas pelo uso que fazemos das expressões linguísticas nos diferentes contextos ou situações em que as empregamos”.¹²⁷

Por fim, manifestou-se a filosofia da linguagem ordinária, a qual pressupõe que o entendimento dela está em “[...] tematizar o contexto de sociabilidade, [...] tenta compreender a linguagem a partir do contexto sócio-histórico, que gera os pressupostos possibilitadores dos atos de fala”¹²⁸, de modo que rompeu com o

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹²⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 117-125. Explica o autor que: “Wittgenstein, depois de ter abandonado a filosofia da por coerência com o *Tractatus*, passou por uma lenta e dolorosa transformação espiritual desde mais ou menos 1930 até o fim da vida, e as *Investigações Filosóficas* são, propriamente, a expressão desse itinerário de seu pensamento. [...] A segunda fase da filosofia de Wittgenstein manifesta-se, assim, como um veemente ataque ao uma concepção individualista do conhecimento e da linguagem, mas também irrompe com todo dualismo epistemológico e antropológico”.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹²⁷ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. E-book (não paginado). Disponível em: <https://direito2a.files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

¹²⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 166-169.

paradigma sujeito-objeto e adotou, definitivamente, a intersubjetividade (sujeito-sujeito).¹²⁹

Cabe esclarecer que, neste ponto do giro linguístico ocorreu outra inversão paradigmática na problemática em tela, ou seja, a filosofia, também, dedicar-se-á aos estudos de uma área, até então negligenciada de investigação, ao voltar-se para as práticas, as ações e para uma pragmática¹³⁰ da linguagem.¹³¹ Para Ferraz Junior,¹³² o ponto de vista pragmático assume manifestadamente o modelo empírico, ao encarar os fenômenos como um processo comunicativo, ou seja, um fenômeno linguístico. Desta maneira, no século XX, em complemento à virada linguística, aconteceu, ainda, uma reviravolta pragmática nela. Para Marcondes:

Temos [...] uma 'virada pragmática' dentro da 'virada linguística', e filósofos como Wittgenstein em suas Investigações filosóficas e Austin com os atos de fala valorizam sobretudo a linguagem enquanto ação e enquanto constituidora do significado da experiência humana, sem privilegiar o conhecimento como forma por excelência de relação com o real, tal como encontramos em Platão.¹³³

A virada pragmática da linguagem aconteceu, para mencionar somente as contribuições mais relevantes, a partir dos estudos de Peirce (na Semiótica); do 2º Wittgenstein – com suas Investigações Filosóficas e os jogos de linguagem –; com Austin, na Escola de Oxford e a teoria sobre os atos de fala; em Foucault e as formações discursivas; na hermenêutica de Apel; com Rorty e o neopragmatismo; em Heidegger e sua noção de abertura para o mundo; bem como, por Habermas e sua teoria da ação comunicativa.¹³⁴

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹³⁰ Convém, preliminarmente, esclarecer que o Pragmatismo (Filosófico e Jurídico) será estudado, com maior profundidade, em Capítulo subsequente.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹³² FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹³³ MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://asdfsfiles.com/26f5d?pt=TW1OMGJtSTFXRllwUkdsQk1XZHdISEpqUW1kUFFUMDIPdThLV3Y1U2liREgwYThOTkpnV1c1OD0%3D>. Acesso em 02 jul. 2020. p. 10.

¹³⁴ ARAÚJO, Inês Lacerda. Subjetividade e linguagem são mutuamente excludentes? **Princípios – Revista de Filosofia**, Natal, v. 14, n. 21, jan./jun. 2007, p. 83-103. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/493>. Acesso em: 09 ago. 2020.

Em termos classificatórios, Ferraz Junior¹³⁵ apresenta três concepções de análise pragmática, ou seja, como ‘teoria do uso de sinais’ elaborada como um segmento da teoria dos signos; como ‘linguística do diálogo’, que parte da distinção entre língua e fala proposta por Saussure, bem como, analisa o diálogo como disciplina filosófica, partindo do fenômeno da intersubjetividade comunicativa, e como ‘teoria da ação locucionária’, a qual enfrenta o falar como aspecto da ação social. Em síntese, a perspectiva pragmática pressupõe observar a linguagem com outro olhar e, com isto, analisar as, já existentes, questões filosóficas sob outro ponto de vista.

O termo ‘pragmática’ provém de uma classificação proposta por Morris em 1938 e adotada por diversos pensadores da linguagem, tanto da vertente analítica como da ordinária. Considerando a linguagem humana como um conjunto de signos, Morris divide o fenômeno da significação em três áreas distintas: sintaxe, semântica e pragmática. Dentro dessa tipologia, a pragmática é definida como a parte da semiologia que estuda a relação entre os signos e seus usuários. Enquanto a sintaxe estuda apenas a relação entre os signos, e a semântica restringe-se a investigar a relação entre os signos e o mundo, o estudo da linguagem sob o ponto de vista pragmático pretende dar conta da experiência concreta da linguagem, do contexto e dos múltiplos usos da linguagem cotidiana.¹³⁶

Na pragmática, passa-se, então, a entender a linguagem como ação, isto é, ela deixa de ser vista apenas como representação de mundo, para ser, também, considerada um ato de interação humana, o que só fará sentido se realizada por meio dos usos já sabidos e estabelecidos da linguagem comum. Nesta nova visão existe uma ampliação da concepção dela, via transferência do interesse da “[...] análise da linguagem como estrutura lógica e como faculdade prevalentemente assertiva [...] à análise da linguagem como faculdade comunicativa e como conjunto de atividades multiformes, ligadas a outras atividades de tipo social [...]”.¹³⁷

De uma maneira bem geral, na filosofia pragmática as soluções para os problemas linguísticos surgem da compreensão de como utilizam-na e, a partir desta

¹³⁵ FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹³⁶ NIGRO, Rachel Barros. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.34, p. 181, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/231>. Acesso em: 16 jun. 2020.

¹³⁷ D’Agostini, Franca. **Analíticos e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. Tradução Benno Discchinger, São Leopoldo: Unisinos, 2002. Tradução de: Analitici e continentali: guida ala filosofia degli ultimi trent’anni. p. 294.

verificação, estabelece-se, como tarefa primeira, uma descrição e o esclarecimento do uso ordinário da linguagem, com possibilidade de superação das dificuldades da problemática filosófica. Com efeito, conforme Warat, as principais diferenças entre o giro voltado para o pragmatismo (Filosofia da Linguagem Ordinária) e a virada linguística (em seu primeiro momento e caracterizada, em especial, pelo positivismo lógico), está “[...] no nível de análise privilegiado: pragmático, para os primeiros; sintático e semântico, para os segundos”.¹³⁸

Vale lembrar que a mudança de rumos ocorrida na filosofia, por meio da virada linguístico-pragmática, em outras palavras, a confirmação de que os atos de conhecer, referir, designar e simbolizar, está inter-relacionada, o que não significa que esta ciência está sob o poderio de análises lógico-semântica e que conceitos como subjetividade, liberdade, questões éticas e políticas foram relegadas a um plano de menor importância, mas sim, que são oportunas e verdadeiras, porém, insuficientes. Assim, com a dimensão pragmática, as análises voltam-se para o uso, o contexto, os falantes e o discurso, na busca por compreender as questões que envolvem linguagem e subjetividade.¹³⁹

Neste cenário, a linguagem, por meio da virada linguística-pragmática, se propagou, na contemporaneidade, como assunto de análise de “[...] várias correntes teóricas que, embora apresentem diferentes formas de tratamento dessa questão, compartilham o ponto de partida comum na linguagem”.¹⁴⁰ Desde então, cada uma destas correntes filosóficas, ainda que possuam aspectos próprios, superaram o projeto filosófico da modernidade e, além disto, passaram a entranhar-se, também,

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 64

¹³⁹ ARAÚJO, Inês Lacerda. Subjetividade e linguagem são mutuamente excludentes? **Princípios – Revista de Filosofia**, Natal, v. 14, n. 21, jan./jun. 2007, p. 83-103. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/493>. Acesso em: 09 ago. 2020.

¹⁴⁰ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 13. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. E-book (não paginado). Disponível em: <https://direito2a.files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

nos mais diversificados setores das ciências humanas e sociais.¹⁴¹ Contudo, esclarece Gracia que:¹⁴²

[...] o giro linguístico não teve uma origem definida, mas foi-se articulando progressivamente, e assim também como não se revestiu de uma única modalidade, mas foi adotando várias configurações, seu impacto tampouco ocorreu simultaneamente nas várias ciências sociais e humanas nem as afetou com a mesma intensidade e nem adotou uma expressão uniforme.

Então, nas palavras de Araújo,¹⁴³ mas sem a finalidade de aprofundar nas abordagens metodológicas da filosofia, especialmente, nos séculos XIX e XX, pois não é o objetivo primordial deste texto, tem-se que variados e grandiosos foram os filósofos que colaboraram e apresentaram estudos sobre uma nova mentalidade para a filosofia. Dentre outros, convém apontar nomes como Saussure, Hjelmslev e Chomsky (na linguística); Frege e Russell (na lógica matemática), Wittgenstein (no problema da denotação); Gadamer e Heidegger (na hermenêutica); Peirce (na semiótica); Jakobson e Barthes (no estruturalismo) e Carnap (no positivismo lógico do Círculo de Viena).¹⁴⁴

Costa e Camargo,¹⁴⁵ em harmonia, salientam que, apesar dos desdobramentos e desenvolvimentos de inúmeras teorias que influenciaram o *modus operandi* da filosofia, em linhas gerais, destacam-se, no pensamento contemporâneo, a filosofia analítica da linguagem de Frege, Russell e Wittgenstein; a semiótica de Peirce; o positivismo lógico do Círculo de Viena; a hermenêutica alemã; a antropologia linguística e a teoria linguística de Noam Chomsky.

¹⁴¹ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. E-book (não paginado). Disponível em: <https://direito2a.files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

¹⁴² GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicinio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004. Tradução de: *Analises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 34.

¹⁴³ ARAÚJO, Inês Lacerda. Por uma concepção semântico-pragmática da linguagem. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem – ReVEL**, v. 5, n. 8, p. 01-26, mar. 2007. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/pt/edicoes/?id=8>. Acesso em: 28 maio 2020.

¹⁴⁴ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. E-book (não paginado). Disponível em: <https://direito2a.files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes.pdf>. Acesso em 14 jun. 2020.

¹⁴⁵ COSTA, Leandro Sousa; CAMARGO, Leonardo Nunes. Notas sobre filosofia, linguagem e antropologia em investigações filosóficas de Ludwig Wittgenstein. **Diaphonia**, Toledo-PR, v. 2, n. 2, p. 100-108, 2016. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/diaphonia/article/view/15957/10852>. Acesso em 02 jun. 2020.

Para reforçar, o que há de comum na semântica destes filósofos e suas respectivas teorias é o florescimento da linguagem, com uma finalidade bem maior que a “[...] simples nomeação de objetos ou designação de algo da realidade”.¹⁴⁶ Para eles, o signo dá significação e instruções ao pensamento e sua semântica não perpassa pela relação direta com o objeto denominado, portanto, “[...] sem linguagem, com suas estruturas, regras de formação, e uso de atos de fala, não há pensamento, não há designação, não há referência”.¹⁴⁷ Ato contínuo, Habermas escreve sobre a importância dela no pensamento contemporâneo:

A linguagem e a realidade interpenetram-se de uma maneira indissolúvel para nós. Cada experiência está linguisticamente impregnada, de modo que é impossível um acesso à realidade não filtrado pela linguagem. Esta *descoberta* constitui um forte motivo para atribuir às condições intersubjetivas de interpretação e entendimento mútuo linguísticos o papel transcendental que Kant reservara para as condições subjetivas necessárias da experiência objetiva. No lugar da subjetividade transcendental da consciência entra a intersubjetividade destranscendentalizada do mundo da vida¹⁴⁸ (grifo do autor).

Convém reforçar aqui que, nesta nova maneira de conceber a filosofia foi, pela primeira vez na história do pensamento ocidental, indagada a visão platônica de mundo, em sua essência. Isto é uma separação e, por que não, uma oposição, entre a realidade e a representação dela. Houve, com isto, uma abertura epistemológica, uma transformação de perspectivas e uma reformulação de temas, o que foi além, pois resultou numa preocupação com a estrutura significativa da linguagem, com o sentido da realidade, ou seja, uma reformulação da filosofia que extrapola a certeza e a verdade.

Importa esclarecer que, o giro linguístico aqui em estudo, de maneira simplória, não se resumiu a um acontecimento isolado, mas a diversos momentos, que impactaram o pensamento filosófico e que, também, repercutiram no

¹⁴⁶ ARAÚJO, Inês Lacerda. Por uma concepção semântico-pragmática da linguagem. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem – ReVEL**, v. 5, n. 8, p. 02, mar. 2007. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/pt/edicoes/?id=8>. Acesso em: 28 maio 2020.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Inês Lacerda. Por uma concepção semântico-pragmática da linguagem. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem – ReVEL**, v. 5, n. 8, p. 02, mar. 2007. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/pt/edicoes/?id=8>. Acesso em: 28 maio 2020.

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Tradução de: Wahrheit und Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze. p. 38-39.

fenômeno jurídico objeto desta pesquisa. Conforme, afirma Streck,¹⁴⁹ a “viragem linguística” não significou uma simples alteração paradigmática, na medida em que é possível visualizá-la em, ao menos, três frentes. Em sentido parecido, Oliveira declara que a virada “[...] no pensamento filosófico, que se concentrará na sintaxe e na semântica da linguagem, preparando, assim, o terreno para a compreensão da radicalização da reviravolta linguística, o que ocorrerá mais tarde com a “reviravolta pragmática”.¹⁵⁰

A linguagem passa a ser a totalidade da existência, ou seja, a única forma de acesso ao mundo, haja vista que somente é possível compreender e agir através dela e inserido nela. O conhecimento da realidade somente ocorre onde existem signos linguísticos, de modo que apenas há coisas quando se encontram palavras para designá-las. Enquanto não se estabelecem termos ou expressões para aferição de uma determinada coisa, esta reside fora da linguagem e, conseqüentemente, não existe no mundo: a linguagem é a casa do ser.¹⁵¹

A partir de então, a linguagem começou a ser vista sob uma perspectiva que possibilita o acesso do indivíduo ao mundo, sendo, também, uma consequência do processo de comunicação intersubjetivo. Ou seja, agora encontra-se superada, radicalmente, a relação pessoas e objetos e percebe-se, assim, uma relação entre sujeitos. Para além, a linguagem extravasa a esfera da epistemologia e se apresenta como condição para uma racionalidade prática e, desta forma “[...] a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das interações existentes na sociedade”.¹⁵²

Assim, por exemplo, a discussão que encetamos com o leitor pode ser captada como racional na medida em que a entrada de um novo elemento – o termo ‘racional’ – se dá dentro dela, isto é, pressupõe o mútuo entendimento. Em outras palavras, poderíamos dizer que uma

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 14.

¹⁵¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 30.

¹⁵² PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica. **Vox forensis**, Espírito Santo do Pinhal, v. 1, n. 1, p. 201, jan./jun. 2008. Disponível em: http://www.unipinhal.edu.br/ojs/voxforensis/index.php/Vox_2007/article/view/12/34>. Acesso em: 24 jul. 2020.

discussão é racional quando os agentes não se deixam determinar por meras emoções ou por meras tradições e costumes.¹⁵³

Como constatou-se até aqui, o caminho que levou à mutação no paradigma da filosofia contemporânea não teve uma origem definida. Aconteceu progressivamente e, ainda, apresentou-se em variadas configurações, bem como, não ocorreu paralelamente, com igual intensidade ou se expressou com uniformidade em todas as ciências.¹⁵⁴ Assim, importante explicitar que a filosofia da linguagem, também, impactou e paradigmaticamente outras áreas das ciências humanas e sociais, inclusive o direito, visto que, estas não se quedaram inertes às alterações implementadas por esta outra maneira de vislumbrar o conhecimento, agora, permeado pelos estudos da linguagem.

Desta maneira, os caminhos estavam abertos para que as “[...] ciências sociais e humanas se conscientizasse de que a linguagem é um instrumento ativo na produção de muitos dos fenômenos que essas ciências pretendem explorar e que, portanto, seria impossível deixar de levá-la em consideração”.¹⁵⁵

Em razão disto, Zanon Junior¹⁵⁶ constata que o raciocínio jurídico se apresenta como condição de possibilidade para as atividades intelectuais dos indivíduos e não apenas como um mecanismo de descrição, pois acontece por meio da linguagem, já que, é por intermédio dos signos linguísticos que as pessoas interagem com o mundo, com a realidade e com elas mesmas. Portanto, não é correto entender a linguagem como uma terceira coisa, interposta entre o sujeito e objeto, mas, como o elemento fulcral “[...] que permite a interpretação da realidade e o funcionamento do cérebro para a construção de resposta, ainda que inconscientes, aos influxos alimentados pelos sentidos ou por reações orgânicas internas”.¹⁵⁷

¹⁵³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁵⁴ GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004. Tradução de: *Analises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 19-49.

¹⁵⁵ GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. In: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004. Tradução de: *Analises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 34.

¹⁵⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

¹⁵⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 31.

Então, parte-se da premissa de que, com as alterações ocasionadas na filosofia no século XX, não poderiam continuar a compreender o direito desconectado da linguagem, visto que já permanecera por muito tempo amarrado a modos de interpretação até então considerados reducionistas. Assim, com o giro linguístico, a dogmática tradicional do Direito, igualmente, precisou de quebrar seu paradigma vigente, a metafísica, por um novo, a linguagem, “[...] capaz de dar respostas aos problemas propostos pela atual conjectura do Direito. Dessa feita, [...], com vistas a uma melhor compreensão dos textos e uma resposta adequada ao caso concreto”.¹⁵⁸

Ademais, ao observar-se o percurso evolutivo da filosofia, é fundamental compreender que houve uma mudança no enfoque, dado à racionalidade humana, a qual aconteceu, igualmente, no direito, já que a filosofia do direito se tornou objeto mais central de reflexões filosóficas e não mais pensada somente por juristas e reduzida à Teoria Geral do Direito. Nesta análise, ainda que perfunctória, importante destacar que, no direito, nesta novel dimensão de sentido o intérprete não deve colocar-se estático em um modelo sintático-semântico da linguagem, mas sim ir além de uma descrição normativa, ao ponderar outros fatores e circunstâncias, a exemplo, de questões históricas, sociais, culturais, econômicas e políticas diante do caso concreto.¹⁵⁹

Consequentemente, ao se transportar estes argumentos para o campo da hermenêutica, tem-se que:

O papel fundante da linguagem para a experiência hermenêutica transforma a interpretação em um ato intersubjetivo que, por mais que seja obra de um único indivíduo, necessita comunicar seu conteúdo para que ela possa ser dotada de sentido. [...]. Quem lê um texto jurídico qualquer na perspectiva de compreendê-lo e interpretá-lo, fá-lo porque outra pessoa antes o escreveu. A linguagem através da qual o texto fala possui significados que não estão disponíveis, simplesmente, para aquele que escreve, mas ele precisa fazer uso correto, no sentido de conseguir ‘mostrar’ em seu discurso também

¹⁵⁸ SALES, Marlon Roberth de. O paradigma da linguagem como novo marco teórico para a interpretação jurídica. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 23, 2014, Paraíba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 162-192. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/ficha/238.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁵⁹ BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**. Natal, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2012. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/488/462. Acesso em: 02 ago. 2020.

aquilo que fala. E o que compreende, por sua vez, deve também conseguir se colocar nessa posição.¹⁶⁰

Todavia, a filosofia hermenêutica com o giro linguístico, da mesma forma, passou por grandes alterações, pois, inevitavelmente, modificou suas bases epistemológicas e filosóficas, ao evoluir e romper, mesmo que gradativamente, com os dogmas existentes e aliados, até então, a uma hermenêutica atrelada à ideia de sujeito e objeto. Assim, o que também se convencionou chamar de virada hermenêutica auxilia, ainda mais, na construção científica-metodológica do direito, ao transportar-se, sem pudores, para a hermenêutica jurídica, de modo a tornar-se ferramenta prevalente de interpretação e aplicação da lei.¹⁶¹ A partir de então, mas sem a intensão de discutir exaustivamente a temática, lança-se, pois, à hermenêutica.

2.2 Hermenêutica jurídica e o poder dos juízes

A hermenêutica foi, durante muito tempo, considerada como a ciência dos métodos interpretativos, ou melhor, voltava-se somente para os estudos de técnicas, métodos e para a teoria da interpretação. No mesmo sentido, a linguagem também esteve relegada, por muito, a este mesmo lugar secundário, como um mero mecanismo de descrição ou um instrumento de expressão de pensamentos. Comumente, tem aquela o designo de auxiliar o intérprete a retirar o sentido do objeto examinado ou, de maneira sucinta, é vista como uma intermediação entre o sujeito e o objeto, uma terceira coisa a ser investigada.¹⁶² À vista disto, para Bezerra Neto:¹⁶³

O problema da interpretação, portanto, parece residir na compreensão da linguagem, ou das diversas linguagens de que compõe seu objeto.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 329-330.

¹⁶¹ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, p. 544-565, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 02 set. 2020.

¹⁶² SALES, Marlon Roberth de. O paradigma da linguagem como novo marco teórico para a interpretação jurídica. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 23., 2014, Paraíba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 162-192. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/ficha/238.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁶³ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação**: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses, 2018. p. 152-153.

A tarefa da hermenêutica é debruçar-se, pesquisar e tentar elucidar, expondo como ocorre esse processo interpretativo.

Tradicionalmente, entendiam a hermenêutica como a *mediação* de sentidos entre o pensamento e a linguagem ao “[...] *expressar*, [...], de certa forma, os seus conteúdos internos para fora, para serem conhecidos, enquanto o *interpretar* procura desvendar a expressão externada em seu conteúdo interno” (grifos do autor).¹⁶⁴ Etimologicamente, a palavra hermenêutica provém da convergência entre o verbo *hermeneuein*, com o substantivo *hermeneia*, que significa, conjuntamente, interpretar, declarar, anunciar, expressar e traduzir (grifos do autor).¹⁶⁵

Aparentemente, estas palavras – *hermeneuein/hermeneia* – de origem grega, referem-se ao Deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras derivaram¹⁶⁶ (ou vice-versa)¹⁶⁷ (grifos do autor). Assim, Hermes era a figura mitológica encarregada de levar a mensagem dos Deuses aos homens, de forma a unir a esfera divina-transcendental aos meros mortais. A ele, também, atribuiu-se “[...] a descoberta da linguagem e da escrita — as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para o transmitir aos outros”.¹⁶⁸

Por este ângulo, a hermenêutica, ainda concebida enquanto a arte de interpretação de textos, segundo Limana,¹⁶⁹ é tão antiga quanto o pensamento ocidental, de forma a remontar, inclusive, ao pensamento grego de Platão e Aristóteles. Porém, foi com a tradição da exegese bíblica e dos texto normativos que o tema separou-se do pensamento grego. Então, a hermenêutica está ligada à

¹⁶⁴ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução de: Einföhrung in die philosophische Hermeneutik. p. 52 .

¹⁶⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁶⁶ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais da hermenêutica**. Tradução Carlos Lopes de Matos. São Paulo: São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973. Tradução de: Grundfragen der Hermeneutik, p. 02. Contribui o autor que: “[...] não há certeza filológica, mas probabilidade, de que a palavra derive de Hermes, o mensageiro dos Deuses, a quem se atribui a origem da linguagem e da escrita”.

¹⁶⁷ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer.

¹⁶⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer. p. 24.

¹⁶⁹ LIMANA, Claudia R. Roesler. A tipologia da interpretação em Emilio Betti. **Direito em debate**. Ijuí, n. 11, p. 07-46, jan./jun. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.1998.11.%p>. Acesso em: 20 jun. 2020.

compreensão do discurso linguístico, ou seja, uma arte da interpretação ou doutrina do entendimento de saberes e textos de cunho teleológico e normativo.

Classicamente, para Palmer,¹⁷⁰ o significado mais antigo e, talvez, o mais difundido ainda na atualidade, da expressão hermenêutica refere-se à interpretação bíblica, visto que o termo encontrou uso, precisamente, na necessidade de regras para uma interpretação adequada das, consideradas, escrituras sagradas. De fato, foi com o aparecimento das antigas “[...] escolas de hermenêutica bíblica, em Alexandria e Antioquia, passando, durante a Idade Média pelas interpretações Agostiniana e Tomista das sagradas escrituras, a hermenêutica desembarca na modernidade como disciplina filológica”.¹⁷¹

Historiograficamente, a hermenêutica, gradativamente, adentrou o domínio da filosofia e dos saberes humanos, mas foi com Johan Conrad Dannhauer e Johan Martinn Chlaudenius (séculos XVII e XVIII) que a clássica hermenêutica ganhou vida. Deste modo, Dannhauer imaginou uma hermenêutica filosófica universal – *hermeneutica generalis* –, a qual possibilitaria, também, às outras ciências (Direito, Teologia, Medicina) interpretar os significados dos textos escritos, de modo a complementar, então, a tradicional lógica aristotélica. Chlaudenius, por sua vez, pensou a hermenêutica desvinculada da lógica, estabelecida como um outro ramo do saber humano e condutora racional da busca pela clareza dos textos¹⁷² (grifos do autor).

Neste contexto, alinhava-se à formação do clássico saber hermenêutico destinado, dessa forma, “[...] não à interpretação de textos específicos de ramos situados do conhecimento, [...], mas sim à tematização do compreender em geral, [...] fazer-se compreensível independentemente e para além da circunscrição delimitativa da natureza do discurso”.¹⁷³ Assim, com o advento da modernidade, a hermenêutica filosófica clássica penetra, permanentemente, o campo dos saberes humanos e se

¹⁷⁰ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: *Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*.

¹⁷¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 26.

¹⁷² GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução de: *Einführung in die philosophische Hermeneutik*.

¹⁷³ OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do direito e hermenêutica filosófica: do caráter hermenêutico da filosofia do direito**. 2017. p. 22. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-ASNGHK>. Acesso em: 18 jun. 2020.

desenvolve, especialmente, por meio do encontro entre interpretações filológicas e religiosas, de modo a firmar-se, definitivamente, como ciência e teoria.

Ao longo da história, muitos pensadores contribuíram para as transformações do tema hermenêutica, dentre eles Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Paul Ricoeur, Jürgen Habermas, Jacques Derrida, Emílio Betti, Ronald Dworkin, Lênio Luis Streck e vários outros, nacionais e estrangeiros. Porém, receberão destaque, neste capítulo, apenas alguns filósofos e suas ideias, recorte que acompanha a evolução teórica da ciência e que alcança a compreensão dos textos em “[...] nossos dias e que leva em consideração o pano de fundo deste trabalho, concernente às decisões judiciais”.¹⁷⁴

Modernamente, o problema hermenêutico,¹⁷⁵ com tal configuração, construído por Friedrich Schleiermacher¹⁷⁶ (1768 – 1834), ao elaborar uma teoria sobre uma hermenêutica universal, a qual, se apresentou como a arte da compreensão e interpretação, isto é, ele repensou a hermenêutica enquanto ciência ou arte do compreender, pois, até então, existiam somente hermenêuticas plurais ou para áreas especializadas, como a literatura, a teológica e a jurídica.

Ademais, a hermenêutica consubstancia-se, em Schleiermacher, num relacionar-se concreto, existente e atuante, do ser humano com o processo de compreensão, nesta ocasião, desprendida da interpretação gramatical literal e na busca, incessante, por¹⁷⁷ “[...] mapear as circunstâncias concretas que influenciaram

¹⁷⁴ RODRIGUEZ, Marco Antonio Vasquez. **A motivação das decisões judiciais sob o aspecto do raciocínio lógico-semântico de construção da norma jurídica**. 2015. p. 17. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2015. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1479/disserta%c3%a7%c3%a3o_Marco%20Antonio%20Vasquez.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 ago. 2020.

¹⁷⁵ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer. p. 19. Clarifica o autor que: “A hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos. As ciências da natureza têm métodos para compreender os objectos naturais; as obras precisam de uma hermenêutica, de uma ciência da compreensão adequada a obras enquanto obras. [...]. O campo da hermenêutica nasceu como esforço para descrever estes últimos modos de compreensão, mais especificamente históricos e humanísticos”.

¹⁷⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 26. Explica o autor que: “No início do século XIX, com o teólogo protestante Friedrich Schleiermacher, assiste-se a generalização da hermenêutica. Schleiermacher é considerado o pai da moderna hermenêutica, de tal modo que as teorias hermenêuticas mais importantes da Alemanha do XIX trazem as suas marcas”.

¹⁷⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

a elaboração do texto, recriando a mente do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram sua existência”, ou seja, para além da expressão linguística.¹⁷⁸

Porém, foi com Wilhelm Dilthey¹⁷⁹ (1833 – 1911), inspirado por Schleiermacher, que “[...] a hermenêutica vai aparecer como modo próprio de trabalho na esfera das chamadas ciências do espírito”,¹⁸⁰ de modo a sustentar que a compreensão seria a chave para os estudos das ciências humanas e sugerir, para tanto, uma divisão entre ciências naturais e humanas, as quais teriam seus próprios métodos. Gadamer, da mesma forma, destaca que o historiador “[...] procura desde o início diferenciar as relações do mundo espiritual das relações causais no nexa da natureza, e essa é a razão pela qual o conceito da expressão e da compreensão da expressão ocupam nele, desde o início, uma posição central”.¹⁸¹ Nas palavras de Pereira:¹⁸²

[...] Dilthey utiliza a Hermenêutica como a disciplina que irá fundamentar e proporcionar o acesso ao conhecimento em tal campo do saber, tornando-a, como dito, o alicerce de sustentação epistemológica das Ciências do Espírito, diferenciando-a da metodologia peculiar às Ciências da natureza [...].

Resumidamente, a principal contribuição de Dilthey para a hermenêutica foi, sem dúvida, possibilitar a compreensão das humanidades, por meio da história, o qual utilizou, para isto, métodos das ciências naturais, a fim de compreender os fenômenos da vida. Assim, o filósofo encontrou na hermenêutica “[...] a base mais humana e histórica para o seu próprio esforço de formulação de uma metodologia verdadeiramente humanística das *Geisteswissenschaften*”¹⁸³ (grifos do autor).

¹⁷⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 27.

¹⁷⁹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer. p. 50. Comenta o autor que: “Wilhelm Dilthey foi um biógrafo de Schleiermacher e um dos grandes filósofos do século passado. Dilthey viu na hermenêutica a disciplina central que serviria de base a todas as *Geisteswissenschaften* (i. e. todas as disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem)”.

¹⁸⁰ LIMANA, Claudia R. Roesler. A tipologia da interpretação em Emilio Betti. **Direito em debate**. Ijuí, n. 11, p. 08, jan./jun. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.1998.11.%p>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Tradução de: Wahrheit und Methode. v. 1. p. 344.

¹⁸² PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 15.

¹⁸³ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer. p. 50-51.

Neste momento, as atenções voltam-se para o que se convencionou chamar de virada hermenêutica que, por sua vez, aconteceu no âmago do paradigma da linguagem e alterou as perspectivas de uma hermenêutica vista como técnica ou método de interpretação, aplicada em determinadas áreas do conhecimento.

Esta reviravolta teve início em Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey¹⁸⁴, mas se consolidou com as inovações apresentadas por Martin Heidegger, e sua fenomenologia, e por Hans-Georg Gadamer, que aprofundou os estudos hermenêuticos e a transformou em condição de reflexão fundamental na filosofia em geral, de modo a colocar a compreensão em lugar de destaque perante a antiga divisão entre sujeito/objeto.¹⁸⁵

Em Martin Heidegger (1889 – 1976), a hermenêutica avança, ainda que lentamente, para o centro das reflexões filosóficas e se radicaliza na existência.¹⁸⁶ Nesta perspectiva, o filósofo se afasta, ainda que não rápida e plenamente, das ideias de seus antecessores e concebe o ato de compreender como um prolongamento da existência humana, de forma que deixa de tratá-la apenas como método de interpretação das humanidades. Segundo Grodin:¹⁸⁷

¹⁸⁴ LIMA, Alúcio Ferreira de. Hermenêutica da tradição ou crítica das ideologias? O debate entre Hans-Georg Gadamer & Jürgen Habermas. **Revista de Ensino, Educação e Ciências Humanas**, Londrina, v. 9, n.1, p. 55, jun. 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/52672>. Acesso em: 29 jun. 2020. Explica o autor que: “Esses teóricos reivindicam das “mãos” cléricas o direito de interpretação, que se transformava de uma inspiração divina em uma técnica de compreensão da expressão dos sentimentos do autor, na qual o intérprete deveria se colocar no lugar do autor para reviver seu ato criador, numa clara alusão ao que desde os tempos antigos se denominava círculo hermenêutico. [...] A concepção tradicional de círculo hermenêutico entende que o conhecimento anterior da obra é fundamental à compreensão de suas partes, assim como a compreensão adequada das partes resultaria numa boa interpretação do todo.”

¹⁸⁵ CHAMECKI, Eduardo. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica crítico-alterativa**: caminhos para descolonização do saber jurídico. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=193870. Acesso em: 08 ago. 2020.

¹⁸⁶ INWOOD, Michael. **Dicionário de Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. Tradução de: A Heidegger Dictionary. p. 58. Diz o autor que: “Existieren, "existir", era uma tradução, feita no século XIX, do verbo latino *existere*, lit. "dar um passo à frente, para fora", portanto, "aparecer, estar na existência". A palavra latina *ex(s)istentia* tornou-se *Existenz*. *Existenz* significa tradicionalmente a existência de um ente, em contraste com a sua essência. Heidegger a utiliza em sentido restrito, aplicando-a somente a DASEIN: Dasein não possui essência ou natureza do mesmo modo como os outros entes possuem: "A 'essência' de Dasein encontra-se na sua existência" (ST, 42). Devido à sua confusão de dois tipos de SER, ser-o-que e ser-como, Heidegger ocasionalmente sugere que a única característica de Dasein é ser, i.e., existir no sentido tradicional [...]”.

¹⁸⁷ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução de: *Einführung in die philosophische Hermeneutik*. p. 158.

[...] O pensamento mais importante, como hoje o podemos constatar claramente, foi, sem dúvida em ‘Ser e Tempo’, [...]. Muitos dados depõem, pois, a favor da ideia de que a hermenêutica específica de Heidegger deva ser buscada nas primeiras preleções. Pois delas brotaram notáveis impulsos para o desenvolvimento da hermenêutica posterior, sobretudo da gadameriana.

Assim, o filósofo apresentou sua hermenêutica e, com ela, o tempo como horizonte de entendimento, em que revelou as esferas de existencialidades¹⁸⁸ ao homem, bem como, afirmou “[...] que o modo hermenêutico de pensar integra a própria forma de o homem lidar com o mundo, conferindo sentido às suas experiências. Torne-se claro, então, que o homem, em si, não tem sentido, pois quem dá sentido a ele é o próprio homem”.¹⁸⁹ Para tanto, a compreensão e a linguagem, em Heidegger, são meios de acesso ao mundo e aos seus objetos, razão pela qual são indagações “[...] centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica. Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem”.¹⁹⁰ Neste método de revelação do ser:

[...] a análise da historicidade da pré-sença buscavam uma renovação geral da questão do espírito ou uma superação das aporias do historicismo. Tratava-se meramente de problemas atuais, nos quais se pudesse demonstrar as consequências de sua renovação radical da questão do ser. Mas graças precisamente à radicalidade de seu questionamento pôde sair do labirinto em que se haviam deixado apanhar as investigações de Dilthey e Husserl sobre os conceitos fundamentais das ciências do espírito.¹⁹¹

Heidegger, em sua hermenêutica, intenciona avaliar o que existe atrás das palavras que exprimem os pensamentos, ou seja, “[...] uma interpretação da estrutura

¹⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Parte I. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Tradução de: Sein und Zeit. Elucida-se que: Em *Ser e Tempo*, no Capítulo Quinto – “O ser como tal” –, § 29 até § 34, Heidegger explica os existenciais (disposição, compreensão, interpretação e caráter proposicional), ou seja, as estruturas que compõe o ser do homem a partir dos desdobramentos de sua existência (grifos nossos).

¹⁸⁹ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. p. 35. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 172.

¹⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Tradução de: Wahrheit und Methode. v. 1. p. 391.

de cuidado do ser-aí¹⁹² humano, que se expressa antes e por detrás de cada juízo e cuja forma mais elementar de concretização é a compreensão”.¹⁹³ Esta compreensão, ou forma de entender, é consequência do próprio ser-no-mundo,¹⁹⁴ uma prática engendrada na existência, isto é, “[...] como modo de ser ou modo básico, por força do qual nós conseguimos e procuramos situar-nos neste mundo. A compreensão (ou o entender) de algo significa menos um “modo de conhecimento” do que um “situar-se” [...] no mundo”.¹⁹⁵ Para Heidegger:¹⁹⁶

Expericiamos o ser-no-mundo como um traço fundamental do ser homem; ser-no-mundo não é apenas suposto hipoteticamente para a finalidade de interpretar o ser-homem – isto a ser interpretado é justamente a partir dele mesmo sempre já perceptível como ser-no-mundo.

Embora contenha pressupostos de Heidegger, a hermenêutica filosófica chega ao ápice com Hans-Georg Gadamer (1900 – 2002) “[...] para quem a interpretação, antes de ser um método, é a expressão de uma situação do homem”.¹⁹⁷ Assim, confere-se a edificação de uma hermenêutica contemporânea ao filósofo, já que declarou ser a hermenêutica uma disciplina de cunho filosófico, que vai além da

¹⁹² INWOOD, Michael. **Dicionário de Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. Tradução de: A Heidegger Dictionary. p. XXIII. Explica o autor que: “O mais famoso composto de Heidegger é *Dasein*. Esta é uma palavra comum para “existência”, tão familiar que dificilmente é percebida como um composto. Mas Heidegger trata-a como uma palavra composta, separando-a por um hífen, distinguindo *das Da*, “o aí, o pré”. Quando *Dasein* é dividido em seus componentes, já não fica claro qual é o seu significado. *Da* significa “aí” ou “lá” - mas o demasiadamente distante de quem fala - ou “então” ou algo mais dentre os muitos significados listados em um dicionário? Qual a força de *sein* e como ele se relaciona com *da*? Em ST, *Dasein* parece significar algo como “ser-aí”. Um ser humano é *Dasein* porque ele está “aí”, no-mundo - não em algum lugar específico, mas aí em um sentido anterior a e pressuposto pela diferenciação dos lugares. Mais tarde, passa a significar: “lá, onde o ser ‘está’,” o ancoradouro ou morada do ser – um sentido que é geralmente enfatizado ao escrever *Da-sein* em lugar de *Dasein*” (grifos do autor).

¹⁹³ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução de: Einführung in die philosophische Hermeneutik. p. 160.

¹⁹⁴ STRAKE, Sílvia Cristina Salvan. **A história no pensamento heideggeriano de ser e tempo**. 2006. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/11737>. Acesso em: 07 jun. 2020. p. 36. Entende a autora que: “O termo ser-no-mundo mostra um modo de encontro com os entes, não há fronteiras entre o homem e o mundo, o homem não aprende as coisas sensorialmente e racionalmente”.

¹⁹⁵ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução de: Einführung in die philosophische Hermeneutik. p. 160-161.

¹⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Seminário de Zollikon**: protocolos - diálogos - cartas. Tradução Gabriela Arnhold, Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2009. Tradução de Zollikon Seminare: Protokolle – Zwiegespräche – Briefe. p. 164.

¹⁹⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 31.

epistemologia, pois estuda, também, a compreensão em si mesma, ao preocupar-se com a operação humana do compreender. Logo, o pensador procedeu ao que ficou conhecido como giro hermenêutico e inaugurou, com isto, a hermenêutica¹⁹⁸ filosófica.¹⁹⁹

Nesta perspectiva, Gadamer, em sua obra ‘Verdade e Método’, realizou profunda crítica à predominância da hermenêutica como ciência, meramente, metodológica, como a construída na época moderna e como única maneira admissível de conhecimento, mas não deixa de reconhecer sua importância para as ciências, somente não concorda com suas características universais e como fundamento único para a validade para o conhecimento. Gadamer, então, afirma que “a hermenêutica é, pois, algo mais do que um método das ciências ou o distintivo de um determinado grupo de ciências. Designa, sobretudo, uma capacidade natural do ser humano”.²⁰⁰ Nas palavras de Palmer:²⁰¹

[...] com o aparecimento de *Verdade e Método*, a teoria hermenêutica entra numa nova e importante fase. Gadamer exprime agora, de um modo totalmente sistemático, a nova concepção radical de Heidegger relativamente à compreensão, [...]; esclarecem-se as implicações desta concepção no modo como se concebem o estético e o histórico. Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das *Geisteswissenschaften*; o próprio estatuto do método é posto em causa, [...]. A compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objeto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico — o processo ontológico — do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica «filosófica» de Gadamer (grifos do autor).

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Clarifica o autor que: “[...], é necessário observar/advertir o leitor para a diferença que existe entre hermenêutica clássica, vista como pura técnica de interpretação (*Auslegung*), e a hermenêutica filosófica, de matriz gadameriana, que trabalha com um “atribuir sentido” (*Sinngebung*), [...]”.

¹⁹⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 4. ed. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2009. Tradução de: *Warheit und Methode II*. v. 2. p. 350.

²⁰¹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: *Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*. P. 168.

Convém ressaltar que Gadamer foi, assim, o principal responsável por abalar as modernas convicções sobre a existência de variadas metodologias, pois dispensou consciência de que o método é uma máquina para atribuição de sentidos e não de encontrá-los. Neste caminho, ainda que tenha se inspirado na hermenêutica heideggeriana, Gadamer dedicou grande esforço para transferir as preocupações hermenêuticas para área da interpretação dos objetos culturais,²⁰² pois “a compreensão deve ser entendida como parte da ocorrência de sentido, em que se formula e se realiza o sentido de todo enunciado, tanto dos da arte como dos de qualquer outro gênero de tradição”.²⁰³

Em uma síntese evolutiva das ideias anteriores, Paul Ricoeur (1913 – 2005) desenvolveu sua hermenêutica ao conciliar a dicotomia compreensão/explicação e articular, para isto, a ontologia da compreensão e a necessidade de uma explicação representada pelos rigorosos métodos das ciências humanas, porém, sem distanciar-se totalmente dos percursores da teoria geral da interpretação. Conseqüentemente, “a hermenêutica seria o sistema pelo qual o significado se revelaria, para além do conteúdo manifesto. O desafio hermenêutico seria tematizar reflexivamente a realidade que está detrás da linguagem humana”. Logo, Ricoeur²⁰⁴ apresenta algumas críticas à hermenêutica tradicional, as quais constituem, primeiramente, na:

[...] possibilidade de que a coisa do texto escape do horizonte intencionalidade limitada de seu autor, e que o mundo do texto explode o mundo de seu autor. [...]. A hermenêutica deve satisfazer uma segunda condição, a fim de dar conta de uma instância crítica de suas

²⁰² COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

²⁰³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Tradução de: Wahrheit und Methode. v. 1. p. 263.

²⁰⁴ “[...] la posibilidad de que la cosa del texto escape al horizonte intencional limitado de su autor, y de que el mundo del texto haga estallar el mundo de su autor. [...]. La hermenéutica debe satisfacer una segunda condición, para poder dar cuenta de una instancia crítica a partir de sus propias premisas. Debe superar la ruinoso dicotomía, [...], entre explicar y comprender. Como se sabe, esta dicotomía procede de la convicción de que toda actitud explicativa es tomada de la metodología de las ciencias naturales e indebidamente extendida a las ciencias del espíritu. [...]. En tercer lugar, la hermenéutica de los textos se dirige hacia la crítica de las ideologías. [...]. Este último punto se refiere al estatuto de la subjetividad en la interpretación. En efecto, si la preocupación primera de la hermenéutica no es descubrir una intención oculta detrás del texto, sino desplegar un mundo delante de él, la auténtica autocomprensión es la que, según el deseo mismo de Heidegger y de Gadamer, se deja instruir por la cosa del texto”. RICOEUR, Paul. **Del texto a la acción**: ensayos de hermenéutica II. Traducción Pablo Corona. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. Tradução de Du texte à l'action. Essais d' herméneutique II. p. 337-341.

próprias instalações. Ele deve superar a dicotomia ruinosa, [...], entre explicar e compreender. Como se sabe, essa dicotomia vem da convicção de que toda atitude explicativa é tirada da metodologia das ciências naturais e indevidamente estendida às ciências do espírito. [...]. Em terceiro lugar, a hermenêutica dos textos é direcionada para a crítica de ideologias. [...]. Este último ponto se refere ao status da subjetividade na interpretação. Na verdade, se a preocupação primária da hermenêutica não é descobrir uma intenção oculta por trás do texto, mas desdobrar um mundo à sua frente, autocompreensão autêntica é o que, de acordo com o próprio desejo de Heidegger e Gadamer, permite-se ser instruído pela coisa do texto (tradução nossa).

Para completar as singelas reflexões sobre a hermenêutica filosófica, chega-se a Jünger Habermas (1929 – atual) e sua crítica hermenêutica.²⁰⁵ Nesta senda, o pensamento do autor é vasto, multifacetado e prolífico, pois a teoria habermasiana inspira-se em uma linha pragmática, hermenêutica e analítica, e transgride, audaciosamente “[...] com o platonismo da filosofia tradicional que pressupunha a existência de um ideal sublime ou critério de verdade superior a ser tomado como ponto de referência obrigatório [...]”²⁰⁶ para qualquer investigação.

De fato, o complexo pensamento de Habermas apresenta como marca a crítica, ou desconfiança, aos conceitos absolutos de verdade e à tradição hermenêutica. Então, trata-se de uma obra ampla e difundida em variados domínios do conhecimento, como filosofia política, filosofia do direito, epistemologia, sociologia, educação e linguística.²⁰⁷ A valer, os saberes do autor são, costumeiramente, empregados como referencial em pesquisas de quase todas as áreas, haja vista que,

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 189-191. Explica o autor que: “[...] é relevante acentuar que tanto a hermenêutica como a crítica podem ser pensadas a partir do ato de reflexão. Nesse debate [...], as posições podem ser demarcadas da seguinte maneira: a *filosofia hermenêutica* (método hermenêutico) procura mediar a tradição e dirigir-se, conseqüentemente, ao passado, no esforço de determinar a sua importância para o presente; a *hermenêutica crítica* (método dialético) está virada para o futuro e para a realidade em mudança, em vez da sua mera interpretação. [...]. Importante referir que Habermas, embora as críticas que dirige a Gadamer, tem profundo respeito pela posição hermenêutica, *considerando-a superior quer à análise wittgensteineana quer à fenomenologia*. Isto porque a hermenêutica introduz uma dimensão da análise da linguagem que falta na obra do último Wittgenstein, é dizer, a historicidade. Elogia, ademais, a autorreflexividade da teoria gadameriana. Muito embora isto, Habermas vai dizer que a perspectiva hermenêutica, no sentido que Gadamer lhe dá, tem sérias limitações para as ciências sociais (grifos do autor).

²⁰⁶ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Jürgen Habermas: uma teoria da comunicação humana. **LOGEION – Filosofia da informação**, Rio de Janeiro, v. 5, Edição Especial, p. 12, 2018. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4497>. Acesso em: 21 ago. 2020.

²⁰⁷ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro; GÓES Ricardo Tinoco de. A filosofia do direito em Jünger Habermas a partir da ação comunicativa. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 111-128, 2017. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/issue/view/572>. Acesso em: 12 jul. 2020.

sua teoria se insere “[...] como peças de um quebra-cabeça, formando ao final um construto apto a alicerçar qualquer pesquisa que tenha como objeto as complexas sociedades contemporâneas e que eleja como ponto inicial a filosofia”.²⁰⁸

Interessante observar que, considera-se a hermenêutica, em Habermas sob uma perspectiva filosófica, em que se vislumbra o conhecimento humano de maneira ativa, especialmente pelas ciências humanas e sociais. Logo, constitui um saber intermitente, reflexivo, útil, desencantado, profundo, crítico e dialógico, ou seja, um saber filosófico ou uma espécie de filosofia necessária para a análise da linguagem, da comunicação, da sociedade, da história e do próprio homem, e, por isto, empregável em todas as áreas do conhecimento, principalmente, no direito.

Nesta continuação, o filósofo se propõe a refletir sobre conceitos essenciais da hermenêutica, com a intensão de compreender e explicar todo e qualquer processo que compõe a comunicação humana, para ele, o mundo da vida,²⁰⁹ que:

[...] constitui, pois, o contexto da situação de ação; ao mesmo tempo, ele fornece os recursos para os processos de interpretação com os quais os participantes da comunicação procuram suprir a carência de entendimento mútuo que surgiu em cada situação da ação.²¹⁰

Assim, o mundo da vida habermasiano é repleto de interações sociais e, com elas, interpretações, em que a linguagem é a ferramenta apropriada para buscar os signos adequados para as práticas comunicativas, as quais, futuramente, serão validadas pelas pretensas convicções dos discursos sociais. Todavia, nem toda ação comunicativa será consensual, pois, existe a possibilidade de dissenso entre os atores da comunicação, ou seja, poderá ser a “[...] integração social através do uso da

²⁰⁸ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A filosofia do direito em Jünger Habermas a partir da ação comunicativa. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 112-113, 2017. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/issue/view/572>. Acesso em: 12 jul. 2020.

²⁰⁹ PIZZI, Jovino. **O mundo da vida**: Husserl e Habermas. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 63. Informa o autor que: Em Husserl, o mundo da vida é “[...] o amplo espaço de experiências mostregas, certas pré-categoriais, relações intersubjetivas e valores que nos são familiares no trato cotidiano com os homens e com as coisas. Dessa forma, ele evidencia que o sujeito, enquanto tal, tem um mundo ao seu redor e a ele pertence – como os demais seres –, não necessitando recorrer à ciência experimental para afirmar a certeza disso. Não se trata, portanto, do mundo na atitude natural [...] mas é o mundo histórico-cultural concreto, das vivências cotidianas com seus usos e costumes, saberes e valores, ante os quais se encontra a imagem do mundo elaborado pelas ciências.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Tradução de: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. p. 167.

linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível [...],²¹¹ fato que pode ser, ainda, mais grave se inserido numa sociedade complexa, como a contemporânea, onde a convivência social é diferenciada e demanda o emprego de estratégias pelos sujeitos. Para Habermas:²¹²

A introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e a regulamentação do comportamento através de instituições originárias podem explicar como é possível a integração social em grupos pequenos e relativamente indiferenciados, na base improvável de processos de entendimento em geral. É certo que os espaços para o risco do dissenso embutido em tomadas de posição em termos de sim/não em relação a pretensões de validade criticáveis crescem no decorrer da evolução social. Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida; [...]. Esse breve esboço é suficiente para levantar o *problema* típico de sociedades modernas: como estabilizar, na perspectiva própria dos atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas? (grifos do autor).

Tal questionamento encontra resposta no direito, que agirá como mediador do discurso e poderá solucionar e estabilizar as interações sociais, já que, “[...] o código do direito não mantém contato apenas como *medium* da linguagem coloquial ordinária pelo qual passam as realizações de entendimento, socialmente integradoras, do mundo da vida [...],²¹³ mas, também, porque a dificuldade da integração social, ainda, “[...] se transfere cada vez mais para os atores para os quais a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis [...],²¹⁴ pois, “[...] as certezas do

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratische Rechtstaats. v. 1. p. 40.

²¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratische Rechtstaats. v. 1. p. 44-45.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratische Rechtstaats. v. 1. p. 112.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratische Rechtstaats. v. 1. p. 45.

mundo da vida, já pluralizadas e cada vez mais diferenciadas, não fornecem compensação suficiente para esse *déficit*".²¹⁵

Então, ao contemplar as perspectivas anteriores, têm-se que hermenêutica é interpretação, ou seja, compreensão que produz sentido para o indivíduo cognoscente e, desde sempre, o sujeito que aprecia insere-se no mundo linguisticamente constituído, somente interpretado se for, reflexivamente, compreendido.²¹⁶ Portanto, é justamente da avaliação sobre os processos interpretativo-compreensivo que o pensamento hermenêutico tornou-se apropriado, ao menos para muitos juristas, para responder aos questionamentos que envolvem o fenômeno jurídico, especialmente aqueles que são motivados nas decisões judiciais.

Na sequência, entra em cena a hermenêutica jurídica que, *strictu sensu*, pressupõe a compreensão do direito, "[...] fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetivamente prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência".²¹⁷ Essencialmente, para Maximiliano, "a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito".²¹⁸ Já Gusmão, a define como "a parte da ciência do direito que trata da interpretação e aplicação do direito".²¹⁹

Ferraz Junior,²²⁰ por sua vez, compreende a hermenêutica jurídica como uma atividade decodificadora, "[...] uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram".

A hermenêutica jurídica, por seu turno, nos estudos de Gadamer, aparece como um modelo ideal, passível de aplicação em qualquer ciência cujo objeto ligue-se à realidade histórico-social. Assim, "quando o juiz sabe que está legitimado para

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratische Rechtsstaats. v. 1. p. 45.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 200.

²¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01.

²¹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 224.

²²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 335.

realizar a complementação da lei no âmbito da função judicial e contra o sentido originário de um texto legal, o que ele faz é o que se dá em qualquer forma de entendimento” (tradução nossa).²²¹

Para Streck, a hermenêutica jurídica praticada na atualidade tem centralidade nas críticas empreendidas, especialmente por Gadamer, ao processo interpretativo clássico, isto é, compreender, interpretar e somente depois aplicar. Então, surge a necessidade da superação da hermenêutica jurídica como técnica, o que pressupõe admitir que há disparidades entre o texto jurídico e o seu sentido, isto é, presume-se que o texto (lei) e norma (sentido) não são equivalentes, mas, que existe uma diferença ontológica entre eles.²²²

Segundo Bezerra Neto, no que lhe toca, a visão hermenêutica do direito, ainda se liga à hermenêutica tradicional, pois, “[...] encontra muita dificuldade para lidar com a enorme influência do sujeito do conhecimento, no caso aqui examinado o juiz [...]”,²²³ e, com ele, a decisão judicial. Sob este olhar, a hermenêutica jurídica e a interpretação dos julgadores dependem, também, do horizonte cultural e das pré-compreensões sobre o mundo, e tudo que existe nele, para definir, inicialmente, a subsunção da lei e dos fatos, para a decisão jurídica.²²⁴

Essa passagem, portanto, não ocorre como os analíticos pensam, qual seja: primeiro se compreende a lei, depois se compreende os fatos e, somente em seguida, se conclui pelo resultado da demanda. Para os cultores dessa visão do direito, já se compreende a lei a partir dos fatos e estes a partir da lei, de modo que o juiz, ciente de que sua visão de mundo reflete o seu voluntarismo e que isto não pode acontecer, deve parar e refletir acerca da visão da comunidade jurídica em que vive e, em um esforço permanente, tentar se guiar por esta e não por aquela.²²⁵

²²¹ “Cuando el juez se sabe legitimado para realizar la complementación dei derecho dentro de la función judicial y frente al sentido original de un texto legal, lo que hace es lo que de todos modos tiene lugar en cualquier forma de comprensión”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. 8. ed. Tradução Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca: Sígueme, 1977. Tradução de: Wahrheit und Methode. v.1. p. 10.

²²² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

²²³ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC. In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 212.

²²⁴ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Decisão Judicial: quais os limites de juízes e tribunais? **Revista Parahyba Judiciária**, João Pessoa, v.11, n. 11, p. 67-90, 2018.

²²⁵ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Decisão Judicial: quais os limites de juízes e tribunais? **Revista Parahyba Judiciária**, João Pessoa, v.11, n. 11, p. 74, 2018.

Porém, o problema hermenêutico-jurídico, ainda que ligado aos ideais filosóficos, também tem sua configuração conectada, historicamente, ao poder político, o qual divide e delimita os poderes estatais em três, independentes e harmônicos²²⁶. A partir de tal contexto, é possível representar o desenvolvimento da hermenêutica jurídica como um complexo memorável de tentativas de limitação do poder dos magistrados e das livres possibilidades de aplicação do Direito, o que permite “[...] que as decisões judiciais estejam de acordo com o ideal de justiça [...], ainda quando este ideal não tenha sido tão expressa e claramente estabelecido pelos legisladores”.²²⁷

Todavia, no transcorrer da história da humanidade, o direito, por muito tempo, se manifestou por meio dos costumes, ou seja, valores que, com o passar dos anos, se consolidavam social e culturalmente nas tradicionais organizações de pessoas, assim “[...] como em toda organização tradicional, os valores tinham um caráter absoluto e inquestionável, e os modos corretos de agir eram aqueles reconhecidos pelos costumes”.²²⁸

Naquele momento, iniciado o período medieval, o raciocínio jurídico dirigia-se, então, para a interpretação de textos que, em si, fossem portadores de autoridade e que se dirigissem a algum tipo de filosofia prática e, conseqüentemente, a uma “[...] concepção de algo que se cristalizava de acordo com a reflexão, configurando, desta forma, a expressão de um sinal maior caracterizado por valores que efetivamente

²²⁶ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC. In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 198. Revela o autor que: “Essa [...] matriz teórica da Teoria do Estado concebeu a ideia de divisão institucional e a delimitação funcional dos Poderes de Estado, na qual o Poder Legislativo seria criador das normas jurídicas, as quais seriam autoaplicáveis por todos os integrantes da sociedade (pessoas físicas e jurídicas, inclusive o Estado), o Poder Executivo o promotor, provedor e fiscalizador da sua aplicação, no que diz respeito aos temas sob sua responsabilidade, enquanto o Poder Judiciário seria encarregado de duas funções básicas: resolver disputas originadas a partir da (auto) aplicação das normas, bem como, em regime de monopólio, aplicar a lei penal”.

²²⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

²²⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. p. 160. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

identificavam o Direito em causa”.²²⁹ Em Bobbio,²³⁰ considerava-se o direito manifesto pela sociedade medieval “[...] um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil”.

Cumprido destacar que, no limiar do positivismo jurídico, o jusracionalismo já impunha seus sinais no direito do início da modernidade, quando, de antemão, vislumbrava uma juridicidade marcada pela racional antropocêntrica, onde o homem tomava a posição de referência na ordem das coisas, posto que, agora, o conhecimento estabelecer-se-ia pelo próprio sujeito pensante, ou seja, as leis validadas seriam as consagradas pelo antropocentrismo, em face do teocentrismo. Segundo Arendt:²³¹

Sem dúvida, a mudança que ocorreu no século XVII foi mais radical do que se pode depreender da simples inversão da ordem tradicional entre a contemplação e a ação. A rigor, essa inversão tinha a ver apenas com a relação entre o pensar e o fazer, ao passo que a contemplação, no sentido original de contemplar a verdade, foi inteiramente abolida.

Portanto, o direito, ainda que gradualmente, se modernizou e trasladou do plano dos costumes para o da política, “[...] em uma passagem que modifica profundamente a percepção das relações entre o direito e o indivíduo”.²³² Contudo, o desenvolvimento do direito moderno altera, progressivamente, o panorama anterior, visto que, ele compõe a unificação do poder nas mãos do Estado e resulta, com o tempo, no positivismo jurídico²³³.

²²⁹ BOLWERK, Aloísio Alencar. **Método jurídico axiológico aplicado ao direito civil**. 2016. p. 21. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/470>. Acesso em: 06 set. 2020.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

²³¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007. Tradução de: The Human Condition. p. 304.

²³² COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. p. 160. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

²³³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. Ainda que haja diversas formas de reconhecimento do fenômeno jurídico positivamente, adotar-se-á, aqui, a forma sintética usada por Bobbio, qual seja: “o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídicopolítico. São Paulo: Método, 2006. p. 257-264. Explica o autor, também, que: “O juspositivismo é apresentado como teoria que traiu a causa do direito, como garantia (ou pelo menos tentativa) de pacificação, justiça, solidariedade social etc.,

Para Bobbio, a constituição do Estado moderno, quando da passagem da sociedade medieval para a moderna, “[...] assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, [...]”,²³⁴ ou melhor, cria o direito num chamado “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”.²³⁵ Isto porque, até então, dividia-se o direito em natural e positivo,²³⁶ “[...] duas espécies [...] que não são consideradas diferentes relativamente à sua quantidade ou

enganou os operadores jurídicos e ofereceu cobertura teórica a um regime criminoso. [...] O raciocínio nesses casos é conhecido como *reductio ad Hitlerum*. Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista” (grifos do autor). ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo jurídico 2: crítica às características centrais. **Direito e Democracia**, Canoas, v.13, n.1, p. 23, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2631>. Acesso em: 29 ago. 2020. Complementa o autor que: “O paradigma do Positivismo Jurídico foi desenvolvido durante um extenso período de tempo, mediante o esforço de expoentes como Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart e Norberto Bobbio, vindo a prevalecer sobre o anterior modelo do Jusnaturalismo, principalmente por melhor atender ao valor da segurança jurídica, pois garante maior previsibilidade quanto às consequências dos comportamentos humanos”. Destaca, também, o autor que: “[...] o Positivismo Jurídico não é necessariamente “um mal” a ser combatido, sob o argumento de que teria permitido a formação de regimes totalitários, a exemplo do Fascismo na Itália e do Nacional-Socialismo (Nazismo) na Alemanha. Com efeito, rejeita-se a alegação de que a substituição do Juspositivismo por alguma teoria que adote valores morais (materiais) pode, por si só, evitar a adoção de governos de cunho ditatorial”.

²³⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

²³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 22-23. Expõe o autor que: O direito natural e o positivo distinguem-se por seis critérios, quais sejam: “a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. - 1ª definição); b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. - 2ª definição - Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo; c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. - 1ª definição -; Grócio); d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado)(Aristóteles, Grócio); f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil” (grifos do autor).

qualificação [...]”²³⁷, mas indica “[...] que uma espécie de direito é considerada superior à outra, isto é, são postas em plano diferentes”.²³⁸ Ou seja, nesse momento, resumidamente, existia uma superioridade do direito natural em relação ao direito positivo, devido as suas características absolutas, imutáveis e, porque não, divinas.

Posto isso, as configurações de um Estado, hoje conhecido como moderno, originou-se da necessidade de transcender a organização medieval primitiva, que não mais atendia aos anseios e avanços da sociedade da época. Durante tal período, a figura do Estado, aqui no modelo absolutista,²³⁹ era a única que poderia organizar o convívio em sociedade ou dizer o que era certo e errado, tudo isto, por meio de um sistema de normas por ele emanadas, as quais, eram as únicas reconhecidas e tratadas como direito, ou seja, era somente o positivado. Até se falava em outras regras, postulados e princípios naturais, porém, estes não eram considerados como direito, doravante, não seriam aplicados pelos tribunais.²⁴⁰

Assim, ocorre uma óbvia e necessária alteração na organização do monopólio estatal para a organização social, fato que acabou por influenciar, também, na efetivação e culminou na transformação do direito que, agora, migra da área da tradição para a política. Por este ângulo, as bases formativas do ente estatal passam a repousar na vontade humana e o poder centra-se na instituição política depositária, absoluta, do domínio da produção e aplicação do direito aos indivíduos, que outorgaram poderes irrestritos a esta entidade fictícia denominada Estado. Neste panorama, o homem moderno, agora individualista, pode emancipar seu rol de interesses, inclusive os econômicos, por meio de uma ordem comum, livre e que normatizou os fatos da vida pela lei positivada do Estado.

Destarte, a função jurisdicional, neste momento, concentra-se na pessoa do soberano ou em pessoas que o represente diretamente e, por isto, executa suas ordens ilimitadamente. Então, com a criação do Estado moderno, subtraiu-se do juiz

²³⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25.

²³⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 25.

²³⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1.^a ed. Coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Dizionario di Filosofia. p. 13. Nas palavras do autor: “Termo cunhado na primeira metade do séc. XVIII para indicar toda doutrina que defendia o “poder absoluto” ou a “soberania absoluta” do Estado”.

²⁴⁰ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial**: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional. São Paulo: Leud, 2017.

“[...] a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do direito”²⁴¹. Portanto, anteriormente à “[...] formação do Estado moderno, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher normas emanadas do [...] Estado, mas tinha certa liberdade de escolhas na determinação da norma a aplicar”,²⁴² depois, porém, os juízes eram “[...] meros burocratas-servos-da-lei e deveriam se limitar a emprestar suas “bocas sacralizadas” de “homens bons” para pronunciá-la”.²⁴³ Como bem explica Bobbio:²⁴⁴

O Estado primitivo em geral não se preocupa em produzir normas jurídicas, mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, e eventualmente aquele que deve dirimir as controvérsias, o juiz, tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra a ser aplicada. Falamos do juiz porque seguindo as modificações de sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).

Em vista disto, a prática hermenêutica dos juízes, diante das regras provenientes das tradições e costumes, era mais ampla e, ao mesmo tempo, muito particular, ou seja, representava a pluralidade comum do direito durante o medievo. Aliás, como mencionado, no período medieval privilegiava-se o direito natural, consuetudinário e não escrito, o direito positivado e originário de declaração de vontade humana, visto que, o magistrado, nessa fase, ao solucionar uma controvérsia “[...] podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do caso em questão segundo princípios da razão natural”.²⁴⁵ Esta situação sofreu radical alteração com a formação do Estado moderno, momento no qual declarou-se e reduziu-se o direito positivo.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 29.

²⁴² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 28.

²⁴³ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC. In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 206.

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

²⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 28.

Na sequência, com a eclosão das revoluções burguesas²⁴⁶ e a passagem ao Estado liberal,²⁴⁷ principalmente nos séculos XVIII e XIX, assistiu-se a uma retomada, ainda que rudimentar, da noção de que “[...] os homens gozam de direitos inatos, inerentes à condição humana e cuja existência independe de reconhecimento por alguma ordem jurídica positivada ou chancelada pelo monarca”.²⁴⁸ Ademais, a incorporação destes ideais, cultivados e desenvolvidos ao longo da história da humanidade, a textos constitucionais escritos simbolizou o apogeu do direito natural. Porém, paradoxalmente, este mesmo movimento codificatório representou, outrossim, a sua superação, pois “considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”.²⁴⁹

Diante disto, a legislação “[...] positivada passou a ser entendida como garantia maior de direitos que o Direito natural”,²⁵⁰ portanto, uma mudança paradigmática orientada pela integração da autoridade judiciária as lei visando, com isso, diminuir as incertezas e vulnerabilidades resultante do imensurável uso do poder pela autoridade, que se auto declarava, soberana e a incontestável devoção a valores morais, por ela,

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 26-27, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 12 set. 2020. Destaca o autor que: O homem, a muito, detém a crença de possuir direitos naturais, ou seja, “[...] um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado [...]”. Esta convicção desencadeou as revoluções liberais, ou burguesas, fundadas em das doutrinas políticas e individualistas se opuseram as monarquias absolutas da época. Assim, pode-se destacar “a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), estão impregnados de ideias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varrialle; Gaetano Lo Mônoca, João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Diní. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. Tradução de: Dicionario di política. v. I. Refere-se os autores que: o Estado Liberal Moderno surge em substituição ao modelo anterior absolutista e atinge, especialmente, sua forma de legitimação, pois, “o Estado continuou a existir em sua dimensão histórica; no plano institucional bem pouco mudou na passagem do antigo para o novo regime; pelo contrário, os traços essenciais do Estado moderno foram ulteriormente aperfeiçoados e reforçados, [...]. O fenômeno se enquadrava, por sua vez, num processo mais geral de formalização do próprio Estado para o qual se tornava cada vez menos necessária a figura do monarca e sempre mais indispensável a conotação abstrata dentro de esquemas logicamente convencionais, o principal dos quais era exatamente a lei, a norma jurídica”.

²⁴⁸ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional**. São Paulo: Leud, 2017. p. 34.

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 28, 2001.

²⁵⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 52.

considerados superiores e absolutos, bem como, inquestionáveis a qualquer tempo e lugar.²⁵¹ Para Demoulis,²⁵² por estes motivos, ainda no início do século XIX, “[...] muitos filósofos do direito abandonaram o vocábulo do direito natural, entendendo que o ideal de um direito imutável e necessário não tinha lugar em sociedades submetidas a continuas mudanças, rejeitando as mais sagradas tradições do passado”. Logo, está era uma sociedade que:

[...] emergia complexa, urbanizada, crente na razão e ávida por riqueza e desenvolvimento, formada por vastas classes trabalhadoras e elites burocráticas, intelectuais e econômicas, não demorou a desenvolver fortemente modelos teórico-ideológicos no tripé da ordem em que estava fundada: economia, lei e política.²⁵³

Ampliou-se, com esta postura, o desenvolvimento da sociedade política, em especial em países da América e Europa, e, em torno disto, a acumulação de riquezas e a construção de uma ordem de controle social necessário para o ambiente econômico, político e jurídico, ainda que, como dito, houve o reconhecimento de muitos direitos, até hoje, fundamentais para todos e afirmados perante a lei. À vista disto:

[...] assistiu-se ao desenvolvimento da sociedade política [...], o qual se deu em torno de uma grande aventura e de um gigantesco projeto de engenharia social, respectivamente: a) a produção e a acumulação de riqueza a partir da indústria e do comércio, ambas alimentadas pelo consumo e pela inovação tecnológica; b) a construção permanente do Estado, máquina geradora da ordem social necessária para o controle do ambiente econômico, político e jurídico capaz de possibilitar a aventura capitalista, perfeita para manter alguns ocupados, uns iludidos e outros tantos distraídos.²⁵⁴

Assim, o direito moderno vislumbra horizontes permeados por racionalidade, previsibilidade e calculabilidade, em relação aos comportamentos humanos, bem

²⁵¹ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²⁵² DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

²⁵³ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 205.

²⁵⁴ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 205.

como sempre foi, em maior ou menor atuação, vocacionado ao campo da economia, pois o direito da modernidade é o mecanismo estatal capaz de preservar os mercados econômicos.²⁵⁵ “Daí que o direito moderno é instrumento de que vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas. Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir”.²⁵⁶ Conforme Heller:²⁵⁷

A certeza das trocas, ou seja, a segurança jurídica, são possibilitadas pelo aumento da calculabilidade e do planejamento das relações sociais. Tal calculabilidade só é de fato alcançável se as relações sociais e, especialmente, as econômicas forem subordinadas, cada vez mais, para uma ordem unitária, ou melhor, reguladas pelas regras de um órgão central da área. O resultado final, ainda que provisório, desse processo de racionalização social é o moderno Estado de Direito, [...].

Então, ao contextualizar, o direito, no Estado Liberal moderno, está intimamente associado à ordem econômica e política e, também, as liberdades tuteladas pela lei, pois o ente político, agora associado aos conflitos de interesse e à luta pelo poder, busca, constantemente, envolver e conquistar seus governados que são induzidos a acreditar em uma ordem jurídico-legal equilibrada e harmônica, “[...] na qual os conflitos sócio-econômicos são mascarados e resolvidos pela força retórica das normas que regulam e decidem os conflitos jurídicos [...]”.²⁵⁸ Assim, se em um Estado autoritário, como o absolutista, o monopólio legislativo era o resultado do aumento do poder do ente soberano, no Estado livre, como o liberal, ele representa uma garantia de que os indivíduos não sofrerão arbitrariedades oriundas de outros

²⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

²⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 15.

²⁵⁷ “La certezza degli scambi, vale a dire la certezza del diritto, viene resa possibile tramite un’accreciuta calcolabilità e pianificazione delle relazioni sociali. Una tale calcolabilità è infatti raggiungibile solo se le relazioni sociali e soprattutto le relazioni economiche vengono subordinate in misura crescente ad un ordinamento unitario, ovvero vengono regolate dalle norme di un’istanza centrale sul territorio. Il risultato provvisorio di questo processo di razionalizzazione sociale è costituito dal moderno Stato di diritto, [...]”. HELLER, Herman. **Stato di diritto o dittatura?** e Altri scritti (1928-1933). Traduzione Ulderico Pomarici. Editoriale Scientifica: Napoli, 2017. Traduzione di: *Gesammelte Schriften*, 3 voll. p. 32.

²⁵⁸ FARIA, José Eduardo. Ideologia e função do modelo liberal de direito e Estado. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 14, p. 83, jun. 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n14/a08n14.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

poderes, ou seja, os sujeitos são livres, ainda que formalmente.²⁵⁹ Neste mesmo sentido, segundo Camargo:²⁶⁰

[...] o Estado se iguala à ordem configurada pelo ordenamento jurídico positivo e, com isso, a segurança e a certeza poderiam ser encontradas nas leis legitimamente criadas pelos representantes do povo e garantidas pelo Estado mediante a ação do poder judiciário. Leis que obrigam tanto os governantes como os governados. A lei passa a ser vista como mecanismo de controle das ações do governo, à medida que inibe o abuso do poder, e como regra que garante a igualdade (formal) entre os homens. Encontra-se, afinal, uma fórmula para conter os desmandos dos governantes, enquanto a cidadania se afirma.

Ainda no pensamento da autora,²⁶¹ estes são reflexos do pensamento jurídico moderno ou das variadas correntes filosóficas que pensavam e registravam as normas jurídicas no século XIX, já que estas mantiveram suas preocupações à volta de valores essenciais ao próprio direito, isto é, a justiça, a certeza e a segurança. Nesta linha, entende-se que toda condição ética e moral se centra no campo da justiça, assim como a ordem diz respeito à segurança. Porém, não se deve distanciar a ideia de justiça, “[...] como ausência do arbítrio, sustenta-se na lei, relacionada diretamente aos valores da ordem e da segurança. É a chamada justiça formal, que garante a igualdade de todos perante a lei”.

Assim, ao repensar a história da humanidade moderna, percebe-se que, “[...] a necessidade da segurança se sobrepõe à ideia mais elevada de justiça, fazendo com que o direito se circunscreva à ordem formal”.

Desta forma, o direito legislado pelo Estado, que subsequentemente direcionou-se para a abordagem positiva, era o componente principal, que utilizavam como objeto desta ciência, e atingia, por conseguinte, as normas agrupadas nas codificações da época, centralidade que, até então, pertencia ao histórico processo evolutivo do conhecimento jurídico.

Logo, as regras legisladas em nome da coletividade eram, desta feita, destinadas e reconhecidas como a fonte primeira do direito, isto porque resultaram

²⁵⁹ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial**: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional. São Paulo: Leud, 2017.

²⁶⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 63-64.

²⁶¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

da vontade geral da nação e constituíam o produto da positivação da razão humana. Diante desta realidade, ou seja, da transformação do poder político, impulsionada pela intensificação das lutas sociais, registra-se que a atividade dos juízes não passaria despercebida.

Portanto, o sistema jurídico, aqui já liberal, fica, então, com a função de cumprir a lei, com impessoalidade, precisão, justiça e imparcialidade. Deste modo, os responsáveis pelas funções jurisdicionais deviam seguir a ética da obediência e desempenhar um papel essencialmente instrumental, formal, neutro, sem emoção ou paixão, ou que escapassem aos cálculos da previsibilidade.²⁶² Logo, “aos juízes, competia, assim, a missão de executar, tão-só, as prévias determinações dos políticos: sem questionamentos; sem objeções; sem valorações e sem a possibilidade de qualquer interferência construtiva e/ou criativa na aplicação da lei”.²⁶³ Como bem ensina Jorge Neto,²⁶⁴ os juízes:

Depois da Revolução Francesa, eram vistos como instâncias conservadoras do sistema político que tendiam, em suas decisões, a manter o *status quo*, o regramento do Antigo Regime, em detrimento das modificações operadas pelos legisladores, legítimos representantes do povo. O primeiro movimento de reação contra a livre interpretação e aplicação do Direito pelos juízes foi a codificação das leis. A interpretação da lei pelos juízes, se não bem delimitada, poderia importar em manobra para impedir ou burlar o poder do povo, expresso na vontade das assembleias e parlamentos (grifos do autor).

Diante deste enfoque histórico, aos juízes não era prudente interferir no direito e suas normas, pois elas se bastavam, “[...] ainda mais porque eram a expressão da vontade do legislador, sendo esta a vontade do povo: e o povo estava no poder”.²⁶⁵ Nesta perspectiva, não havia a necessidade, ou a justificativa, dos magistrados em interpretar a linguagem dos legisladores para o povo, vez que, “[...] os juízes não têm

²⁶² VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O protagonismo judicial e a ilegitimidade democrática da judicialização da política**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/4991>. Acesso em: 19 set. 2020.

²⁶³ VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O protagonismo judicial e a ilegitimidade democrática da judicialização da política**. 2011. p. 57. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, Belém, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/4991>. Acesso em: 19 set. 2020.

²⁶⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 52.

²⁶⁵ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC. In: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 206.

legitimidade para aplicar o Direito além do que foi estritamente estabelecido pelos representantes do povo”,²⁶⁶ e por consequência, a hermenêutica não teria sentido.

Por este ângulo, o juiz não é um criador do direito, isto porque não possui legitimidade para fazer as leis (direito), função do poder legislador, mas somente interpretá-las, ainda que lhe falte argumentos, seja lacunosa, ambígua ou careça de indeterminação diante de um fato a ser enquadrado. Assim, conforme expõem Lunelli e Marin:²⁶⁷

Quando se afirma a univocidade do sentido da norma, sob a justificativa de que é necessário conferir neutralidade à atuação da jurisdição, retira-se do julgador a possibilidade de crítica. Retira-se a responsabilidade da jurisdição que é transferida para quem elabora a norma. A norma é que é justa ou injusta, não a sua aplicação ao caso concreto. Então, a missão da jurisdição não encontra relação com a realização da justiça, na medida em que se trata, apenas, de aplicar a norma.

Aliás, para Jorge Neto,²⁶⁸ o problema é que existem, inevitavelmente, incertezas no direito que os julgadores não podem ignorar ou, ao menos, supera-las sem ajuda de alguma atividade criativa. Afinal, o direito sempre esteve diante de oscilações, que impõem mais ou menos restrições à atividade de interpretação do magistrado.

Desta maneira, “o problema da interpretação está intimamente relacionado ao problema ontológico do Direito”,²⁶⁹ pois, se pensar que o direito é apenas a legislação, publicada ou implementada, adota-se um certo positivismo jurídico e, então, as limitações ao poder dos magistrados ficam mais fáceis de serem consentidas, agora, se pensar direito como algo que não se limita aos desígnios do legislador, mas como resultado de um processo de formação histórica, de modo que fica mais difícil especificar o que é o direito e delimitar a atividade criativa dos juízes.

²⁶⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 52.

²⁶⁷ LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. **As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva**. Caxias do Sul: Educs, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-razoes-crise.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020. p. 22.

²⁶⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

²⁶⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 55.

Por este contexto sócio-político, que, sem dúvida, beneficiava o culto à legislação, a corrente do positivismo jurídico floresceu, conquistou espaço e alcançou, inclusive, desdobramentos interpretativos.²⁷⁰ Já a hermenêutica, na ocasião, seguia preceitos e dogmas típicos das ciências exatas, ou seja, carregada de neutralidade e previsibilidade. Com o transcorrer do tempo, surgiram, também, diversas escolas que tentaram encontrar os meios precisos para interpretar e aplicar o direito, agora revestido pela bandeira da legalidade e “[...] radicado num sistema completo e autônomo, apartando qualquer corrente que pudesse defender a necessidade de o jurista recorrer a aspectos (fontes) colocados fora do sistema”.²⁷¹

Nesta linha de raciocínio, destaca-se, entre elas, a Escola da Exegese,²⁷² que proclamava, na esteira do positivismo jurídico, que os juízes, como os interpretes literais das leis, somente analisariam as estruturas lógicas e gramaticais dos textos. Com isto, “a interpretação (ou exegese) do Direito codificado passava a ser o limite da empresa dos juristas, uma vez que esses não deveriam impor suas convicções pessoais à Lei. Ao contrário, deveriam ser simples locutores da vontade dessa Lei”.²⁷³

Então, a Escola da Exegese caracterizava-se, principalmente, pela exacerbada prioridade dispensada à lei, pois a considerava como instrumento essencial e indispensável para a análise e emprego do Direito concretamente, dado que este seria o reflexo das leis elaboradas pelo poder competente e seriam as obrigações e competências que as pessoas deviam seguir.

Isto posto, o fundamento desta doutrina filosófica é, por sua vez, que o Direito somente poderia desvelar-se por meio das leis, normas gerais escritas emanadas do

²⁷⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Segundo explicações do autor, o movimento do positivismo jurídico se manifestou em três etapas, ou seja, o positivismo jurídico exegético ou legalista, o positivismo normativista de Kelsen, Hart e Bobbio e, por fim, o neopositivismo.

²⁷¹ BOLWERK, Aloísio Alencar. **Método jurídico axiológico aplicado ao direito civil**. 2016. p. 24. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/470>. Acesso em: 06 set. 2020.

²⁷² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 30. Para o autor: “A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição de matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código”.

²⁷³ LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea**: uma análise a partir da proposta teórica neoconstitucionalista. 2006. p. 15. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2054>. Acesso em: 15 set. 2020.

Estado, e “[...] constitutivas de direito e instauradoras de faculdades e obrigações, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes”.²⁷⁴

Interessante destacar que, o Direito, pouco a pouco, se espalhou, surpreendentemente, por outras manifestações humanas, fator que tornaria dificultoso a sua contenção em códigos e leis racionais, lógicas e ordenadas. Com isto, viu-se cair por terra a ideia da plenitude positivista da Escola da Exegese, a qual foi, gradualmente, tomada de assalto por outros movimentos, como a Livre Pesquisa Científica, a Escola Histórica do Direito de Savigny, a Jurisprudência dos Interesses ou Pandectista e o Movimento para o Direito Livre, os quais, mesmo que apresente diferentes características “[...] em comum, todos eles apontavam para a insuficiência da Lei e dos códigos para abarcar todo o fenômeno jurídico”.²⁷⁵

Porém, o positivismo jurídico ressuscitou ainda mais engenhoso no positivismo-normativista kelseniano.²⁷⁶ Em verdade, Hans Kelsen (1881-1973) foi um grande representante desta corrente e dedicou-se a formular uma teoria metodologicamente, pura do conhecimento científico-jurídico, bem como, imune às interferências externas (como as metafísicas, ideológicas, políticas, morais ou oriundas de outros ramos do conhecimento), com vistas a alcançar o ideal de uma ciência exata ou objetiva do direito.²⁷⁷

²⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 416.

²⁷⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 55-56.

²⁷⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 56. ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 71-72. Segundo as explicações do autor, o Positivismo Jurídico foi, classicamente, desenvolvido por autores como Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio, bem como, apresentou diferentes teses, porém, não guarda, praticamente, nenhuma relação com a corrente do Positivismo Filosófico, fundada por Auguste Comte. E, “[...] também é importante ter em mente que os movimentos que plasmaram o Paradigma juspositivista não guardam entre si uma perfeita similitude, mas apenas compartilham alguns caracteres nucleares, que conformam o modelo disciplinar. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. p. 48. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104843.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020. Esclarece o autor que: Tal como as correntes jusnaturalistas, também as positivistas têm as mais variadas ramificações e graduações, havendo, não obstante, um elemento comum, sendo precisamente este o ponto que as assemelha entre si e as faz diferentes, todas, das ideias jusnaturalistas. Trata-se da rejeição à “metafísica”.

²⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre.

Deste modo, para o jusfilósofo, o importante não era explicar as predisposições “[...] endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”.²⁷⁸ Tanto que, segundo o autor, “a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, [...] não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”.²⁷⁹

Na trilha histórica paradigmática que regeu as teorias sobre a ciência jurídica, o positivismo jurídico se apresentou, ainda que em variados períodos, fases, graduações e versões, ora adormecido e, depois, ressurgiu, mais forte e medicamentoso, na intensão de extirpar as incerteza do direito e amputar, definitivamente, a existência de qualquer fundamento metafísico ou não científico que ainda habitasse no seio da atividade jurisdicional, tal qual a história, a sociologia, a psicologia, a filosofia ou a moral, de forma a manter a superioridade da razão, em detrimento do que é natural ou humano.²⁸⁰

Para Dworkin, “o positivismo jurídico tem muitas formas, mas todas apresentam em comum a ideia de que a lei existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humana”.²⁸¹ Caracteriza-se, assim, por uma quase integralidade entre Direito e norma;²⁸² “[...] como fenômeno de natureza estatal; a crença na completude do ordenamento jurídico; a justificação procedimental da validade da norma, denominada ‘formalismo jurídico’; e a utilização do dogma da subsunção para a resolução dos

²⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. VII.

²⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. VII. p. 249.

²⁸⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Reine Rechtslehre. Fica, demasiadamente, cristalino quando expõe o autor que: De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 194.

²⁸² BOLWERK, Aloísio Alencar. **Método jurídico axiológico aplicado ao direito civil**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/470>. Acesso em: 06 set. 2020.

casos”.²⁸³ Deste modo, consagra uma tradição jurídica, que se perpetuou no tempo, alcançou, obstinadamente, a contemporaneidade e imputou o dogma de que os julgadores devem se restringir ao exame própria lei.

Com efeito, importante considerar que o positivismo no direito, ao tencionar à pureza da ciência ou, mesmo, limitar o pensamento jurídico à interpretação das leis postas, tinha como pretensão fomentar o formalismo²⁸⁴ ou objetividade. Porém, não tinha a intenção de promover regimes autoritários ou totalitaristas, bem como, as atrocidades acontecidas em um passado recente.

Assim, como bem coloca Jorge Neto,²⁸⁵ o formalismo, especialmente o kelseniano, contribuiu para que os julgadores adquirissem maiores poderes, pois, concedeu a estes mais espaço de atuação, mas, abdicou de valores, afetos à Ciência do Direito, como a justiça e a moral, cujas consequências foram “[...] o questionamento cada vez maior acerca da legitimidade das decisões dos juízes e a constatação, com os horrores da II Guerra Mundial, de que o Direito é insuficiente se não é capaz de discutir a questão da justiça”.²⁸⁶

Neste contexto, fixa-se o poder no legislador, pois as leis, desde a sua promulgação, asseguram que os interpretes levantem voos audaciosos quanto à interpretação e, por isso, encontram-se numa situação de aplicabilidade óbvia, ante a impossibilidade de a omissão ou o silêncio ao julgar alcançá-las. Diante disto, deduz-se que a doutrina positivista modificou, consideravelmente, a maneira como abordou-se, e ainda aborda, o direito.

A hermenêutica jurídica, por sua vez, também se subverteu a certo reducionismo, imposto pelos positivistas, visto que, o ato de interpretar, por evidente,

²⁸³ BOLWERK, Aloísio Alencar. **Método jurídico axiológico aplicado ao direito civil**. 2016. p. 26. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/470>. Acesso em: 06 set. 2020.

²⁸⁴ KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico. Tradução Sheila Stolz. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15-24. O autor aponta que, os estudos sobre o formalismo no direito são importantes a muito tempo, e possui diferentes sentidos. Na dimensão descritiva, tem por característica a preferência constante por normas, em vez de preceitos morais, e da utilização da interpretação jurídica fundamentada em precedentes ou princípios para solucionar e preencher as ambiguidades e lacunas normativas. Em seu uso como crítica, o formalismo se opôs às teorias jurídicas baseadas na vontade. Já na categoria sociológica, o direito é visto como sistema.

²⁸⁵ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

²⁸⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 58.

acondiciona um vínculo inato da ideia sobre o direito. Costa,²⁸⁷ perante a nova conjectura, aduz que:

[...] a atividade dos juristas não era mais apresentada como uma prudência, mas como uma mera técnica, [...] a atividade do julgador deveria limitar-se a interpretar as regras jurídicas [...], qualificar os fatos relevantes [...] e, caso verificasse a ocorrência do enquadramento dos fatos nas normas, efetuar a aplicação do direito, especificando as consequências cabíveis. [...]. Essa postura era baseada em uma distinção entre interpretação e aplicação, que eram vistas como etapas diferentes de um raciocínio jurídico tripartido. Ao deparar-se com um caso, o jurista deveria, antes de mais nada, identificar as normas aplicáveis. Feita essa identificação, era preciso verificar se elas tinham alguma obscuridade que exigisse a sua interpretação, procedimento pelo qual seria esclarecido o seu verdadeiro significado. Porém, se a norma fosse clara, seria possível realizar diretamente a sua aplicação aos casos concretos, definindo as consequências jurídicas dos fatos analisados.

Todavia, o modelo interpretativo proposto pelo positivismo sofre incansáveis críticas, as quais apontam para a inexatidão dos seus principais postulados. Zanon Junior,²⁸⁸ em síntese, considera, criticamente, cinco características basilares dessa matriz disciplinar, ao verificarem a possibilidade de manutenção, modificação e supressão da separação entre Direito e Moral; da prevalência das regras Jurídicas sobre outros elementos que se ajustam à atividade jurígena; da estrutura escalonada do Ordenamento Jurídico, da aplicação do Direito por subsunção e, por fim, sobre a discricionariedade para resolução dos casos difíceis.

Resumidamente, se isto for possível, idealizou-se o positivismo jurídico, historicamente, para superar as dificuldades do paradigma anterior – o jusnaturalismo – ao fixar em textos positivados o conteúdo de pactos sociais prévios, os quais serviriam de parâmetro para justificar as condutas dos indivíduos. Esta mudança paradigmática, por sua vez, foi amplamente aceita pela Comunidade Jurídica, que preferiu, gradativamente, não se contrapor à possibilidade de retificação axiológica dos mandamentos positivos, de modo a eleger a certeza e previsibilidade (segurança jurídica) como o valor essencial e elementar da realidade do Direito e, porque não,

²⁸⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. p. 180-181. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

²⁸⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Para uma explicação ampla sobre o assunto *vide* as páginas 86 a 120.

compreendido como política pública, culturalmente formulada para limitar as decisões a serem tomadas na sociedade.²⁸⁹

Não surpreende que, com o passar do tempo, o modo dominante – o positivismo jurídico – de produção do direito entrou em crise, pois a sociedade²⁹⁰ transcendeu e urge repleta de conflitos, que vão além do individual e atingem, agora, a coletividade.²⁹¹ Na opinião de Faria,²⁹² os fatores que, firmemente, colaboraram para o agravamento desta problemática foram, sem dúvidas, o excesso de individualismo e o formalismo na visão de mundo daqueles cuja a responsabilidade é solucionar os conflitos – os componentes da administração da justiça, especialmente os magistrados. Neste sentido:

[...] esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da 'segurança do processo'. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.²⁹³

Nesta vinculação de ideias, pondera-se que a sociedade humana perpassou por inúmeras alterações políticas, culturais e intelectuais nos últimos séculos, o que, conseqüentemente, atingiu, também, o direito e o direcionou para um fluxo de racionalidade tão forte que, se não for ousadia dizer, transformou o debate jurídico-interpretativo em um emaranhado de incertezas. Com efeito, foi o cenário político, principalmente, que beneficiou a afirmação do positivismo, pois, tornou possível aos

²⁸⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

²⁹⁰ Especialmente com o término da Segunda Grande Guerra Mundial.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁹² FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1996.

²⁹³ FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1996. p. 14-15.

juristas acreditar em um poder regulatório cunhado na razão dos especialistas em esculpir leis, haja vista que a moral e o mercado pareciam linear na época, se comparados com atualidade, o que incentivou tal fenômeno.²⁹⁴

A hermenêutica, por sua vez, se mantinha, cronologicamente, distante entre o momento da elaboração e da aplicação do direito, visto que, interpretar consistia na busca por atingir uma pretensa neutralidade elucidativa da vontade estatal. Porém, a dinamicidade das transformações sociais e a atual complexidade da sociedade, especialmente no século XX, levaram a hermenêutica jurídica a assumir uma roupagem mais realista, ao transcender as suas características do passado e, assim, buscar a efetivação da norma genérica e a singularidade do caso concreto. Consoante Wieacker:²⁹⁵

O recuo perante o formalismo jurídico manifesta-se antes de tudo, na progressiva libertação do juiz no que respeita à vinculação em relação a hipóteses de facto definidas de forma precisa na lei. Isto corresponde a uma modificação na função da lei no estado social. Ela não é mais, como no estado de direito burguês, uma delimitação das esferas dos direitos e da liberdade de cada um relativamente aos outros e aos poderes públicos, mas antes um elemento de *social engineering*, linha de orientação jurídica para a planificação social, cuja prossecução está cometida à administração estadual e cuja apreciação está a cargo dos tribunais ordinários de trabalho, sociais e administrativos (grifos do autor).

Isto porque, principalmente na contemporaneidade, verifica-se uma expressiva modificação na função da lei, que, agora, dispõe os direitos fundamentais das pessoas em uma codificação magna, rígida e, essencialmente, composta pelos valores superiores aceitos pela sociedade.²⁹⁶ Diante disto, as legislações de direito privado não mais tentam superar as ocorrências práticas ou regular casos específicos, mas, orientar, sustentar, alicerçar e inspirar toda a interpretação do ordenamento jurídico

²⁹⁴ CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁹⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Tradução de: *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*. p. 626.

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 336 Melhor esclarece o autor que: “É impossível negar que o direito do modelo liberal-individualista (formal-burguês) estava assentado no modelo de regras. Moral, política, tudo fora expungido. E, para tanto, as regras tinham determinada função. Os princípios – que eram os “gerais do direito” – tinham a função positivista de “fechar” o sistema, que explicitavam mais fortemente a prerrogativa de os juízes agirem de forma discricionária”.

de determinada coletividade. E o jurista, portanto, “[...] não deveria isolar-se no estudo dogmático das normas legisladas e dos conceitos formais, mas deveria abrir-se à compreensão ao direito produzido pela própria sociedade”.²⁹⁷

Por conseguinte, tais fatos impactaram no discurso hermenêutico, pois, neste contexto de metamorfose, a interpretação incumbiu-se de amoldar o direito, limitado à norma positivista e formal, a uma realidade revitalizante e, assim, garantir efetiva e verdadeira segurança jurídica e paz diante dos conflitos sociais. Mas isto começou a acontecer somente quando o corpo social identificou muitas decisões judiciais, até então, vistas como apropriadas e “[...] o modelo sistemático passou a ter opositores cada vez mais ferrenhos, que conduziram a teoria jurídica à necessidade de enfrentar o difícil problema de definir se era mais importante garantir a segurança jurídica [...] ou a justiça [...]”.²⁹⁸

Por tudo isto, não poderiam reduzir o direito e sua interpretação à mera descrição das leis e ao esquema latente do positivismo jurídico, dado que, a sociedade se consolidava em necessidades mais adequadas e complexas, o que, de maneira relativamente imperativa, transformou o paradigma vigente ligado à lei. Eis que se passa a examinar, de forma específica, o pós-positivismo.

2.3 O pós-positivismo e seus reflexos na Teoria da Decisão Judicial

Entre revoluções e evoluções, a sociedade humana está, sempre, em desenvolvimento e, conseqüentemente, o direito não poderia deixar de fluir na mesma direção dos acontecimentos. Logo na metade do século XX iniciou a era do denominado pós-positivismo ou correntes pós-positivistas,²⁹⁹ cuja pretensão alicerça-se na reconciliação entre o jurídico e os princípios éticos e morais, pois o positivismo

²⁹⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. p. 255. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

²⁹⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. p. 249. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

²⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 29 set. 2020. O autor esclarece que o pós-positivismo pode ser entendido, também, como um conjunto de ideias rotuladas em correntes variadas de pensamento pós-positivistas.

jurídico não mais comportava o pluralismo e complexidade do mundo pós-moderno³⁰⁰, bem como, a necessidade gritante dos indivíduos, principalmente, por maiores garantias de dignidade. Neste sentido, observa-se que:

O positivismo jurídico não tem mais lugar no direito do século XXI. A complexidade e a dinâmica social não se coadunam com o direito construído pela modernidade. Os conceitos do Estado moderno, como segurança jurídica e legalidade, devem ser aperfeiçoados pelo direito atual, que podemos indicar pelo termo pós-positivismo.³⁰¹

Portanto, no limiar da pós-modernidade e diante da realidade econômica e do dinamismo social contemporâneo, o pensamento jurídico precisaria ser, também, plural, dinâmico, peculiar, discursivo e aberto a valores socialmente aceitos, características que deram margem ao fenômeno do pós-positivismo, como uma busca por ultrapassar o paradigma juspositivo e sua concepção de direito normativamente formal e justo – e suas diversas manifestações.³⁰²

Neste contexto, a proposta pós-positivista confere novos parâmetros decisórios para os textos normativos e outros “[...] limites semânticos dos quais deve ser produzida a Norma Jurídica que serve de fundamento para as deliberações tomadas

³⁰⁰ Lyotard, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009. Tradução de: *La Condition Postmoderne*. Na representação do autor, a pós-modernidade (ou sociedade pós-moderna ou pós-industrial) faz referência ao estado da cultura após as transformações que afetaram, consideravelmente, a ciência, a literatura e as artes a datar do final do século XIX, onde o cenário se mostrar, essencialmente, cibernético, informático e informacional, ou seja, na pós-modernidade existe um deslocamento das tentativas de fundamentação do conhecimento e da fé para um planejado progresso da humanidade. GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. Tradução de: *The Consequences of Modernity*. p. 45. Nas palavras do autor: “A pós-modernidade se refere a algo diferente, [...]. Se estamos nos encaminhando para uma fase de pós-modernidade, isto significa que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social”. HARVEY, David: **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17. ed. São Paulo: Loyola. 2008. p. 19. Tradução de: *The Condition of Posmodernity: an enquiry into the origins of cultural charge*. Segundo informações do autor, a expressão pós-modernidade está ligada a noção de modernidade, visto representar uma reação ou afastamento daquilo que é moderno. É “[...] o ressurgimento da preocupação, na ética, na política, e na antropologia, com a validade e a dignidade do outro – tudo isso indica uma ampla e profunda mudança na estrutura do sentimento. [...] é a rejeição as metanarrativas (interpretações teóricas de larag escala pretensamente de aplicação universal), [...]”.

³⁰¹ SIQUEIRA JUNIOR. Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 201.

³⁰² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

em Sociedade, mormente as decisões judiciais”.³⁰³ Então, sob a influência do pensamento pós-positivista:

O raciocínio jurídico congrega valores, ainda que fluidos e mutáveis, porquanto o direito se revela como um objeto cultural, cujo sentido é socialmente compartilhado. A hermenêutica jurídica dirige-se à busca de uma dinâmica *voluntas legis*, verificando a finalidade da norma em face do convívio em sociedade. Deste modo, o relativismo potencializa uma hermenêutica jurídica construtiva, voltada para o implemento da justiça social³⁰⁴ (grifos do autor).

Historicamente, a Segunda grande Guerra Mundial foi o marco temporal para a manifestação de um novo direito e de uma nova teoria constitucional, em virtude de que “[...] todos os traumas trazidos pela guerra terem sido muito eloquentes para o mundo, pois o direito, no paradigma juspositivista, havia fracassado em tutelar os direitos humanos”.³⁰⁵ Como afirma Tassinari:³⁰⁶

O período posterior à Segunda Guerra mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo, isso porque, para que fossem superadas as atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento da obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado de criação das leis.

Assim, diante das barbáries consumadas pelos regimes totalitários, especialmente durante a Segunda Guerra Mundial, ficou demasiadamente claro que o direito, em uma perspectiva meramente formal e produto de normas positivas, não seria mais suficiente para suprir os anseios de uma sociedade ávida por direitos humanos e concretos. Então, “algo diverso da coação deveria ser invocado como fundamento para o Direito, que não poderia mais ser visto de forma alheia aos seus

³⁰³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 128.

³⁰⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. p. 86. Tese (Doutorado em direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>. Acesso em: 18 set. 2020.

³⁰⁵ BERNDT, Rafael Espíndola; SANTIN JÚNIOR, Walter. Do positivismo jurídico ao pós-positivismo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 24, n. 30, p. 47, 2017. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/164>. Acesso em: 22 set. 2020.

³⁰⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

fins, nem como tudo o que existe enquanto tal, independentemente de qualquer consideração de cunho axiológico”,³⁰⁷ pois os atos praticados pelo nazismo³⁰⁸ alemão deixaram cristalino “[...] até que ponto poderia chegar o sistema de normas coativamente imposto por um Estado”.³⁰⁹ Consequentemente, para Dias:³¹⁰

A evolução das sociedades ocidentais e capitalistas após o final da Segunda Guerra e, sobretudo, a análise dos sistemas jurídicos que permitiram o estabelecimento dos Estados autocráticos sob o signo do nacional-socialismo levaram ao incremento da discussão acerca do pensamento positivo no campo do direito. A partir daí, uma série de críticas que já vinham sendo embrionariamente concebidas foi reformulada de modo a demonstrar que o pensamento positivo não podia oferecer uma explicação consistente para o fenômeno jurídico, levando à busca por alternativas teóricas mais satisfatórias do ponto de vista dos valores democráticos. A ideia de que uma conduta deve ser adotada, exclusivamente, porque uma autoridade reconhecida assim o determinou parecia efetivamente insuficiente para explicar a normatividade das regras jurídicas, e, tanto quanto isso, afastavam qualquer validação externa ao fenômeno político-jurídico.

Neste compasso, o direito viu-se ávido por transformações, em particular na esfera constitucional, pois nesse momento era necessário dar preferência aos direitos humanos, agora fundamentalmente positivados e que estavam gravemente feridos pelos conflitos bélicos do século XX, bem como, dar-lhes garantias jurisdicionais, o que, inevitavelmente, geraria uma reorganização no ente denominado Estado.

Diante deste cenário desolador e na trilha do fortalecimento dos conflitos sociais erigidos mormente, necessárias foram as mudanças no paradigma político,

³⁰⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. p. 68. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104843.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

³⁰⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varrialle; Gaetano Lo Mônoca, João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. Tradução de: Dizionario di política. v. I. p. 807. Para o autor o Nazismo é uma nomenclatura polêmica e diminuta do termo Nacional-socialismo, um “[...] fenômeno político de dimensões históricas mundiais, indica sobretudo o movimento político alemão, fundado e guiado por Adolf Hitler após a Primeira Guerra Mundial, [...]”

³⁰⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. p. 68. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104843.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

³¹⁰ DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2016. p. 27-28.

dado que a tão desejada igualdade, liberdade e fraternidade, no modelo liberal de Estado, não ultrapassou a esfera formal de aplicabilidade e, com isto, as questões sociais, por muito, ficaram relegadas às discussões sociológicas, filosóficas e econômicas e, conseqüentemente, os indivíduos condenados à marginalidade dos direitos que são seus. Como já dizia Dallari,³¹¹ o progresso da sociedade fez surgir “[...] exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais”.

Na seqüência, dá-se, ainda que gradativamente e em alguns países do globo,³¹² a transição, do legal para o constitucional.³¹³ O Estado se recompõe, em uma organização política denominada Estado Social, de bem-estar ou Welfare State,³¹⁴ a qual preza por uma sociedade mais equilibrada, especialmente pela implementação de políticas públicas, e que trouxe para esfera jurídica situações de justiça distributiva.³¹⁵

³¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³¹² STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Como afirmam os autores, no Brasil a modernidade foi tardia e arcaica e, também, não houve o Estado Social.

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 15. p. 113-136, julio-diciembre 2006. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7599>. Acesso em 18 set. 2020. O autor declara que: “[...] resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el *Estado constitucional de derecho*, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del *Estado legislativo de derecho*: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía.”

³¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 186. de acordo com o autor: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social”.

³¹⁵ BAPTISTA, Adília Fernanda Mesquita Maia Gaspar. **Justiça distributiva: um paradigma questionável**. 2018. p. 08. Tese (Doutorado em Filosofia Moral e Política) – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/75920>. Acesso em: 18 set. 2020. Nas palavras da autora: A “[...] ideia de justiça distributiva que é, antes de tudo, justiça social (embora não a esgote) – porque o seu objeto são os arranjos sociais ou, como dirá John Rawls, “a estrutura básica da sociedade” para a qual se procuram princípios que a possam tornar justa”. Para uma concepção mais profunda sobre justiça distributiva *vide* o texto acima citado completo.

Com o surgimento do Welfare State, porém, o Estado passa a ser visto sob nova perspectiva, qual seja, a de meio distribuidor de bens e justiça, promotor do desenvolvimento. A atuação do Estado adquire o sentido de planejamento, isto é, de um processo político, por meio do qual se busca a transformação ou a consolidação de determinada estrutura econômico-social, de determinada estrutura política. Perde, portanto, a orientação concreta e retrospectiva, própria ao paradigma liberal, e alcança um caráter abrangente e prospectivo.³¹⁶

Desta forma, são renovadas as ligações entre Estado, sociedade e política, já que num Estado Social a legislação, inevitavelmente, o guia na ultrapassagem dos limites e “[...] das funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’”. O papel do governo [...] consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, [...]”.³¹⁷ Com isto, o Estado passa a intervir amplamente nos domínios da sociedade e, assim, “[...] expõe as pressões desta, e surge, com o controle jurisdicional dessa atividade socialmente incrementada pelo Estado, em especial do Executivo, o germen da responsabilização política do Judiciário”.³¹⁸

Com a crise no Welfare State, o modelo sucedâneo é o Estado Democrático de Direito que, segundo Streck,³¹⁹ “[...] representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito” (grifos do autor). Deste modo, o paradigma do Estado Democrático de Direito supera o direito e sua interpretação de Estado Social. “Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua face transformadora.”³²⁰ Mais ainda:

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendradora uma nova legitimidade no campo do direito constitucional e da ciência política, no interior da qual o Direito assume a tarefa de

³¹⁶ CITTADINO, Gisele. Direito e política: um ensaio sobre o tempo e o espaço. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 8, n. 2, p. 167, maio/ago. 2016. Disponível em:

<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/570>. Acesso em: 09 set. 2020.

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatori? p. 41.

³¹⁸ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional**. São Paulo: Leud, 2017. p. 53.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 38.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 266, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/85>. Acesso em: 07 set. 2020.

transformação, até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais. Daí que se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora, advém da própria Constituição (Villalón), que exsurge de um processo de re-fundação da sociedade.³²¹

Caracterizado por transcender o Estado Liberal e o Estado Social de Direito, o Estado Democrático veio, então, com o objetivo de transformar a atividade estatal e a ordem jurídica, ao inovar, transgredir e, ao mesmo tempo, incorporar a democracia ao Direito. Ademais, reconstruiu a sociedade, ao reestruturar prioridades básicas, como certeza e segurança jurídica e, por meio destes primados, adaptou a nova ordem legítima, de modo a garantir o futuro e não mais as contradições jurisdicionais liberais do passado.³²²

Dito de outro modo, o poder/tensão no Estado Social, por exemplo, se concentrava nas mãos do Executivo, porém, no Estado Democrático de Direito se desloca, dado à inércia e ausência de atuação do Executivo e do Legislativo – em certos casos – para o poder judiciário que toma – amparado pela força normativa da Constituição – as decisões necessárias para manutenção da ordem e a salvaguarda dos direitos.³²³

Em breve exposição, importa ressaltar que foi na associação de concepções, como constitucionalismo e democracia, que frutificou esta nova forma de reorganização política, a qual atualmente atende pelo nome de Estado Democrático de Direito – Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático. Independentemente da denominação, consagra-se que foi na constitucionalização – ou na reconstitucionalização – ocorrida no pós-guerra e na segunda metade do século XX, que o lugar da Constituição, dentre as instituições jurídicas, ficou bem

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 266, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/85>. Acesso em: 07 set. 2020.

³²² SPENGLER, Fabiana Marion. **O estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2478?show=full>. Acesso em: 28 set. 2020.

³²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

especificado, pois a elevou à protagonista normativa, garantista e interpretativa dos direitos fundamentais das pessoas.³²⁴

Traçadas as bases históricas das mutações estruturais desta organização política – o Estado – tornou-se imperioso conceber, igualmente, a necessidade de sobrepular a teoria do direito nestes tempos – o positivismo jurídico – para uma nova maneira de pensar o direito, diante dos problemas jurídicos contemporâneos, ou seja, as aclamadas correntes pós-positivistas ou, somente, pós-positivismo. Para Villey,³²⁵ isto ocorreu porque:

Todo excesso gera seu contrário. Não se poderia resignar-se à instalação do ‘melhor dos mundos’ nem se contestar com o ‘direito tal como é’. Ao positivismo jurídico foi necessário um *antídoto*. Os modernos opuseram-lhe a figura dos ‘direitos humanos’, tirada da filosofia da Escola do Direito Natural, cujo desaparecimento muitos teóricos do século XIX erradamente anunciaram (grifos do autor).

Então, como resposta às frustrações, desapontamentos e desalento gerados pelos acontecimentos de um passado recente, segundo Jorge Neto,³²⁶ o pós-positivismo se apresenta como uma espécie de associação entre os preceitos jusnaturalistas e o positivismo, ou seja, com a ascensão de valores que outrora foram preteridos e agora reconhecidos pela normatividade dos princípios e nos direitos fundamentais essenciais à pessoa. Portanto, “o pós-positivismo não abre mão do ideal iluminista de construção do mundo, apenas leva-o um passo adiante partindo para a positivação de valores e da própria justiça, por meio dos princípios”,³²⁷ visto que, foi “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”.³²⁸

³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 29 set. 2020.

³²⁵ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019. Tradução de: *Le droit et les droits de l’homme*. p. 03.

³²⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 59.

³²⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 59.

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 06, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 29 set. 2020.

Assim, contemporaneamente, inúmeros estudiosos das ciências jurídicas passaram a se autodenominar como pós-positivistas. Em Machado Segundo,³²⁹ o movimento que consiste em um sobrepujamento lógico entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, basicamente, reconhece a positividade de princípios jurídicos – como equidade, isonomia, dignidade da pessoa humana etc. – “[...] que permitiria ao intérprete tomar decisões com base em valores, mas não valores subjetivos, e sim valores devidamente positivados na ordem jurídica”. Daí, como sustenta Soares, “esse novo momento de reflexão do conhecimento jurídico, [...] vem procurando reconstruir os laços privilegiados entre o Direito e a Moral, aproximando o fenômeno jurídico das exigências da realidade social”.³³⁰

Em vista disto, o movimento filosófico conhecido como pós-positivismo, “[...] inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”.³³¹ Barroso³³² identifica a corrente como um agrupamento de ideias, que superaram o legalismo do positivismo normativista, sem lançar mão de recursos metafísicos, abstratos ou subjetivos do jusnaturalismo. Para ele, o pluralismo político e jurídico, uma nova hermenêutica e a ponderação de interesses integram a elaboração teórica, filosófica e prática do sistema jurídico, bem como “[...] a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais” tornam-se notórios, pois, restam jurídica e socialmente aceitos.

Porém, em uma reflexão mais atenta, percebe-se que muito se discute sobre o espaço impreciso de localização do pós-positivismo, como um novel paradigma

³²⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. p. 68. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104843.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

³³⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. p. 149. Tese (Doutorado em direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>. Acesso em: 18 set. 2020.

³³¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 32, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

³³² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 47, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

jusfilosófico, porquanto, muitos filósofos, ainda, hesitam, desconfortáveis e em busca de reconhecimento, quanto às incertezas do jusnaturalismo e as abundantes limitações do positivismo no direito da atualidade.³³³ Nesta fenda, as teorias posteriores ao juspositivismo poderiam ser consideradas, tão-somente, como uma modificação, meramente, evolutiva na prática do Direito, ou “[...] ao invés, causaram uma forte ruptura com o modelo da Ciência do Direito até então praticado pela comunidade jurídica, de modo a implementar uma modificação verdadeiramente revolucionária” e paradigmática, ora, em construção.³³⁴

De todo modo, esta não é a discussão primária de que se deve ocupar. Apesar disto, resta reconhecer que a ciência jurídica, especialmente na contemporaneidade, possui caráter aberto e indeterminado, devido ao vasto conteúdo e possibilidades interpretativas dos princípios, valores, direitos humanos e fundamentais, bem como o essencial papel do intérprete no processo de tomada de decisão judicial. Todavia, é possível afirmar-se, então, que a corrente dita pós-positivista, ainda que não exista clareza e certeza sobre o seu conteúdo, está intimamente associada ao critério de correção do direito, agora “[...] construído consensualmente em cada sociedade”³³⁵ e, posteriormente, legitimado pela atividade do juízo, por meio de decisões judiciais – problema e possível solução que, efetivamente, importa.

Embasados por este conjunto de ideias apresentadas, quiçá ricas e harmoniosas, como diria Barroso,³³⁶ a interpretação e aplicação das normas dispostas no ordenamento jurídico continuam por clamar e buscar por solução, respaldo e o entusiasmo de uma Teoria da Decisão Judicial que, por sua vez, seja livre de

³³³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. Tese (Doutorado em direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>. Acesso em: 18 set. 2020.

³³⁴ GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. p. 47. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020.

³³⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. p. 72. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104843.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 29 set. 2020.

voluntarismos, achismos, personalismos e irracionalidades, e que, sobretudo demonstre, por meio de respostas jurídicas, que o humano é a base para a justiça. Mas, por hora, debruçar-se-á sobre as principais teorias pós-positivistas.

2.4 O caminho hermenêutico de Ronald Dworkin

Consoante percebeu-se, as grandes guerras do passado – e outros embates políticos e econômicos – marcaram, profundamente, o processo de criação, desenvolvimento e, também, as transformações no conhecimento humano, e com o direito não poderia ser diferente. Assim, de tempos em tempos, um giro paradigmático altera algumas percepções do fenômeno jurídico, seja as perspectivas teóricas-filosóficas, seja o comportamento dos profissionais do direito, inserindo ou, até, reinsertando novos – ou esquecidos – elementos importantes para o debate, e o embate, da Teoria do Direito e da Decisão Judicial.

Nesta conjuntura, Ronald Dworkin³³⁷ é tido como pioneiro, pois, como filósofo e professor do curso de direito de renomadas Universidades em Nova York e Londres, consideram-no, na contemporaneidade, um dos mais distintos críticos do positivismo jurídico, o qual se situa dentro de uma concepção pós-positivista,³³⁸ onde construiu e

³³⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin: teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP – teoria geral e filosofia do direito**, tomo I (recurso eletrônico), p. 02, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/ronald-dworkin---teorico-do-direito_58fc0dafa9466.pdf. Acesso em: 09 set. 2020. Segundo informações do autor, Ronald Myles Dworkin, foi um filósofo, jurista e estudioso do Direito Constitucional que nasceu em 1931, nos Estados Unidos e faleceu na Inglaterra, fevereiro de 2013. Sendo, também, “[...] um dos mais importantes filósofos do direito de língua inglesa da segunda metade do século XX até os dias de hoje. Ainda que a sua contribuição mais original e importante seja no campo da teoria do direito, sua obra tem também significativa relevância no campo da Filosofia Política, Filosofia Moral, Epistemologia Moral e Direito Constitucional, domínios do conhecimento que ele reconhecia como conceitualmente interligados. A atividade como intelectual público estendeu o impacto de suas ideias para além do mundo puramente acadêmico, influenciando profundamente uma geração de juristas e marcando o debate de ideias sobre grandes temas contemporâneos como Aborto, Eutanásia, Liberdade de Expressão, Democracia, Eleições, Ação Afirmativa, Desobediência Civil, Feminismo, Pornografia, etc., em especial em artigos publicados no *The New York Review of Books*”.

³³⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166-167. O autor classifica e divide os positivistas e pós-positivistas da seguinte maneira: “[...] os positivistas, divididos entre exclusivistas (ou soft positivistas), como H. L. A. Hart, Jules Coleman, Will Waluchow e outros, e exclusivistas (ou hard positivists), como Joseph Raz, Andrei Marmor e outros; de outro lado, estavam interpretativistas, como Dworkin, jusnaturalistas contemporâneos, como John Finnis, Robert George e Germain Grisez, e teóricos da razão comunicativa, como Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther, todos eles, conjuntamente, também usualmente caracterizados de modo genérico como pós-positivistas.

apresentou uma hipótese teórica de aparência liberal, contrária ao utilitarismo irrestrito e, principalmente, ao modelo juspositivista.³³⁹

Como explica Macedo Junior,³⁴⁰ o trabalho de Dworkin contribui, vigorosamente, para a edificação de uma “[...] agenda teórico-jurídica e o afirma como um dos mais originais pensadores que dela participa, como também é paradigmática e exemplar dos problemas filosóficos que passaram a ocupar lugar de destaque na área nos últimos anos”.

A teoria de Direito de Dworkin apresenta-se, sobretudo, em treze artigos dispostos na obra *Levando os direitos a sério* – originalmente *Taking Rights Seriously* e publicada em 1977, onde, em diferentes ensaios, o autor, configura uma teoria geral do direitos, que “[...] foram escritos em separado, contêm algumas repetições e retomadas de ideias, e não dizem tudo que desejaria dizer sobre tópicos neles discutidos”.³⁴¹ Porém, segundo Macedo Junior,³⁴² um dos artigos mais importantes e mencionados do autor é o denominado *O modelo de regras*³⁴³ - publicado em 1967 –, em que apresenta “[...] a primeira versão de sua vigorosa crítica aos fundamentos do positivismo jurídico em geral, tomando por base o livro *Conceito de direito*, de H.L.A. Hart (1962)” (grifos do autor).

Todavia, a obra do jusfilósofo norte-americano é bem vasta, como afirma Zanon Junior,³⁴⁴ ao refletir que a “contribuição teórica, de aproximadamente três mil páginas,³⁴⁵ é indispensável para articulação de uma proposição superadora do

³³⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

³⁴⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 12.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: *Taking Rights Seriously*. p. 448.

³⁴² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin: teórico do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP – teoria geral e filosofia do direito**, tomo I (recurso eletrônico), p. 04, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/ronald-dworkin---teorico-do-direito_58fc0dafa9466.pdf. Acesso em: 09 set. 2020.

³⁴³ O artigo foi, posteriormente, incluído e republicado no livro *Levando os Direitos a Sério* (*Taking rights seriously*), com o título *Modelo de Regras I* (*The Model of Rules I*).

³⁴⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 158. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

³⁴⁵ Entre as obras mais importantes de Ronald Dworkin estão os livros: *Levando os Direitos a Sério*, *O Império do Direito*, *Uma Questão de Princípio*, *A Justiça de Toga*, *O Direito da Liberdade e a Raposa e o Porco Espinho*.

Paradigma do Positivismo Jurídico”. Porquanto, Dworkin³⁴⁶ alega, em seus escritos, “[...] que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” – selecionadas pela ordem pública.

Assim, em seus relevantes estudos, o pensador assevera sobre os problemas enfrentados pelo paradigma positivista, em particular quando admite o papel dos “princípios, políticas e outros tipos de padrões”³⁴⁷ para a interpretação do direito, ainda que não estejam, demasiadamente, claros e expressos no ordenamento jurídico. Desta forma, vêm à tona, nitidamente, problemas como a indeterminação da Ciência Jurídica e de discricionariedade dos juízes – ainda que não seja o seu objetivo primeiro.³⁴⁸ Como clarifica Jorge Neto, “os estudos de Dworkin estão melhor situados no âmbito da filosofia e da teoria do Direito, no sentido mais amplo da expressão, mas suas conclusões são importantes para iluminar o problema da decisão judicial”.³⁴⁹

Convém esclarecer, propedeuticamente, que a concepção do modelo teórico de Dworkin focou no sistema jurídico *Common Law*, ou seja, consuetudinário e que, diferente do brasileiro,³⁵⁰ tem na mais alta consideração a figura dos precedentes judiciais,³⁵¹ pois, seus os argumentos podem balizar a atividade jurisdicional quando da existência de casos parecidos.

Outrossim, o autor, ativamente envolvido no debate público, propôs seu próprio conceito de democracia constitucional, baseado na igualdade e respeito entre os membros da comunidade, independentemente de quais ou quantas sejam as pessoas

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: *Taking Rights Seriously*. p. 36.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: *Taking Rights Seriously*. p. 36.

³⁴⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

³⁴⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 93.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: *Law's Empire*. Segundo o autor: “O precedente também ocupa um lugar importante em nossas práticas: as decisões passadas de tribunais contam como fontes de direito. Assim, toda concepção competente deve oferecer alguma resposta à questão de por que uma decisão judicial do passado deve, em si mesma, oferecer uma razão para um uso semelhante do poder de Estado por parte de outras autoridades no futuro”.

³⁵¹ NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. 2019. p. 71. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2019. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4679626/marcelo-elias-naschenweng.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020. Em simplória explicação, pergunta o autor: “Mas, o que é um precedente? É um julgado que serve de referência a outro”.

– minorias, maiorias, frágeis ou vulneráveis.³⁵² Em síntese, para ele, a “democracia significa o autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade”.³⁵³

Fez-se tais considerações singelas em razão de a tese aplicada ao direito – e a decisão judicial – idealizada por Dworkin, requerer estudo e, conseqüentemente, compreensão à luz de seu ambiente de atuação (sistema *common law*) e de seus conceitos de criação (a exemplo da democracia moralizante). Dito isto, para Dworkin, o direito não é, meramente, um conjunto de regras e princípios, mas sim uma prática/atitude interpretativa, autorreflexiva, contestadora, criativa, construtiva e fraterna que, por vezes, está onipresente nos atos da vida dos cidadãos inseridos na sociedade, inclusive no comportamento daqueles que atuam nos tribunais, no processo de tomada de decisão judiciousa.³⁵⁴

Nestes termos, “o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”.³⁵⁵ Para tanto, não se deve prender-se às teorias semânticas, a exemplo do positivismo jurídico.

Sob este ponto de vista, destaca-se que, para compreender o modelo teórico proposto por Dworkin, é necessário tomar conhecimento de “[...] como os juízes decidem as causas, [...] saber o que eles pensam que é o direito, e, quando divergem sobre esse assunto, o tipo de divergência que estão tendo também importa”. Nessa perspectiva, os processos judiciais suscitam, ao menos, três questões controvertidas, quais sejam, “[...] questões de fato [empíricas], questões de direito [teóricas] e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade”,³⁵⁶ simplificando, tais proposições dizem respeito, sucessivamente, ao acontecimento, a lei e justiça no processo de tomada de decisão.

Neste sentido, “a divergência empírica sobre o Direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem discordar a propósito de quais palavras estão nos

³⁵² JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

³⁵³ DWORIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: Justice in robes. p. 190.

³⁵⁴ DWORIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire.

³⁵⁵ DWORIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 492.

³⁵⁶ DWORIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 05-06.

códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato”.³⁵⁷ Afinal, “se os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia, sabemos sobre o que estão divergindo e que tipo de evidência decidiria a questão caso ela estivesse disponível”.³⁵⁸ Assim, por exemplo, tais controvérsias poderiam ser, rapidamente, resolvidas pela consulta dos registros de outros casos. Por outro lado, a questão da moralidade política e fidelidade é bem diferente, posto que não é incomum as pessoas divergirem sobre o que é moralmente certo ou errado, porém, tal discrepância não gera grandes problemas quando manifestada nos tribunais.³⁵⁹

No entanto, as questões teóricas são mais controversas, pois estão “ancoradas em concepções concorrentes de uma mesma prática”.³⁶⁰ Para Dworkin, esta proposição é tema central, visto que “advogados e juízes parecem divergir com muita frequência sobre a lei que rege um caso; parecem divergir, inclusive, quanto às formas de verificação a serem usadas”.³⁶¹ Neste contexto, o entendimento do jurisfilósofo é de que os envolvidos nas operações jurídicas não as compreende apropriadamente, porque as confundem com as questões fáticas e, vão além, ao afirmarem “[...] que a divergência teórica é uma ilusão, que na verdade advogados e juízes estão de acordo com os fundamentos da lei”.³⁶²

Dworkin³⁶³ argumenta, neste ponto, que, nos casos considerados difíceis – onde, em tese, existe a possibilidade de decisões divergentes –, a discussão que, realmente importa é quanto às concepções e fundamentos do próprio direito, e não o significado de certas palavras, uma vez que, “essas são questões teóricas do Direito

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 08.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 06.

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire.

³⁶⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção: Teoria e história do direito). p. 217.

³⁶¹ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 06.

³⁶² DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 10.

³⁶³ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire.

e são elas, e não questões meramente semânticas, que estão por trás dos debates jurídicos, sobretudo na solução de casos difíceis”.³⁶⁴

Percebe-se, então, que, na teoria proposta pelo autor citado acima, tem-se o Direito como um conceito interpretativo e não semântico, ou seja, as discordâncias na tomada de decisão em casos difíceis “[...] não se encontram na escolha de critérios linguísticos para atribuição de significados aos termos e expressões constantes dos textos legais ou jurisprudenciais, mas sim na interpretação construtiva das próprias palavras”.³⁶⁵

Com efeito, Dworkin³⁶⁶ denomina de semânticas as teorias que usam parâmetros linguísticos para analisar enunciados jurídicos – ainda que o termo necessite de melhor elaboração. Assim, numa concepção puramente semântica, a caracterização adequada de um conceito é aquela realizada a partir de fatos e regras encontrados no mundo e determinados por consenso.³⁶⁷ Logo, as teorias semânticas do direito têm por atributo conjecturar que advogados e juízes utilizam os mesmos padrões para identificar o uso ideal (verdadeiro ou falso) de proposições jurídicas, já que, “durante muito tempo, os filósofos do direito embalaram seus produtos e os apresentaram como definições do direito”.³⁶⁸

Um exemplar destas teorias semânticas, e provavelmente a mais influente, é o positivismo jurídico,³⁶⁹ que estabelece a ideia de que o processo de tomada de decisão tem por base apenas questões de fato, ou seja, “[...] aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do Direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas”.³⁷⁰

³⁶⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 96.

³⁶⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 163-164. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de: Law’s Empire. 2014.

³⁶⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire. p. 40.

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire. p. 45-46: Esclarece o autor ao dizer que: “Vou concentrar-me no positivismo jurídico porque, como acabei de dizer, essa é a teoria semântica que sustenta o ponto de vista do direito como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico”.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire. p. 41.

Sob este ponto de vista, o direito é dado, de antemão, ao ser inserido no contexto hierárquico legislativo ou jurisprudencial, formalmente preestabelecido e, conseqüentemente, as discrepâncias que, porventura, surgirem não alcançarão os seus fundamentos, então “[...] a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado, que aquilo que denominei divergência teórica é ilusório [...]”.³⁷¹ Para Motta:³⁷²

O argumento de Dworkin é: as controvérsias jurídicas substantivas não são um diálogo de surdos, em que cada um dos debatedores defende um conceito diferente de direito (caso em que a divergência seria ilusória). São discussões sobre o *conteúdo* do Direito. Discussões que somente são possíveis porque os juristas compartilham um conceito de direito no sentido *interpretativo* (ou essencialmente contestado) (grifos do autor).

Segundo Dworkin, a incapacidade do positivismo jurídico – e de outras teorias do direito – justifica-se no – batizado pelo autor – agulhão semântico.³⁷³ Conforme se nota, tal alegação pressupõe que “a menos que os advogados e juízes compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos do Direito, não poderá haver nenhuma ideia ou debate significativo sobre o que é o Direito”. Noutros termos, a expressão, no máximo, “[...] equivale a qual Direito deve ser aplicado ou qual a interpretação correta da lei”.³⁷⁴ Dworkin,³⁷⁵ entretanto, confronta o argumento – agulhão semântico – ao defender que magistrados e advogados sempre discordam, especialmente em casos

³⁷¹ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire. p. 38.

³⁷² MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. p. 162. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2014. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000014/0000142C.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

³⁷³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: Justice in robes. p. 318-319. “Devo agora definir mais amplamente o agulhão: esse conceito inscreve-se no pressuposto de que todos os conceitos dependem de uma prática linguísticas convergente do tipo que descrevi na Introdução: uma prática que demarca a extensão do conceito ou por meio de critérios comuns de aplicação ou pela vinculação do conceito a um tipo natural distinto. A infecção provocada pelo agulhão semântico, devo dizê-lo agora, consiste no pressuposto de que todos os conceitos de direito, inclusive o doutrinário, dependem de uma prática convergente em uma dessas duas formas”.

³⁷⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 97

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire.

controversos, sobre quais os fundamentos do direito. Conforme melhor explica Macedo Junior:³⁷⁶

A hipótese levantada é de que esse tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fiscalista), segundo a qual somente compartilhamos conceitos se também compartilhamos os critérios para a sua correta aplicação. Isso implicaria que as sociedades deveriam compartilhar dos mesmos fundamentos (consensuais) do direito para poderem usar o mesmo conceito de direito. O problema, para Dworkin, é que esse tipo de semântica criterial não é capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos. Para ele, o positivismo jurídico fracassou em sua explicação do significado das controvérsias jurídicas porque foi vítima do mencionado agulhão semântico (semantic sting).

Portanto, ao revés de preceitos semânticos, Dworkin concebe o direito como um empreendimento interpretativo e criativo,³⁷⁷ que, gradativamente, constrói-se pelas práticas hermenêuticas da comunidade. Contudo, o pensador não trabalha com a hipótese banal de que interpretar é, e sempre foi, tarefa basilar dos operadores do direito (juízes, advogados, professores, etc.) – não que esta não seja, mas, agora, a interpretação vai além das práticas rotineiras do passado, e também do presente, de que os fundamentos sobre o que é o Direito são sempre os mesmos e não divergem. Por conseqüente, estes seriam, sempre, interpretados faticamente e, não, teoricamente – com o uso de empréstimo à terminologia dworkiana. Logo, frustra-se o modelo juspositivista, justamente “[...] porque não consegue explicar esse elemento central da prática jurídica, isto é, a existência de desacordos teóricos relevantes para as práticas jurídicas”.³⁷⁸

Com isto, “Dworkin continuou um crítico atento e implacável do positivismo jurídico [...], desenvolvendo a sua própria teoria do direito, que chamou de direito como integridade, por ele considerada essencialmente uma teoria interpretativista do direito”.³⁷⁹ Tal teoria, por vez, reúne os “[...] fundamentos principiológicos das decisões

³⁷⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181.

³⁷⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 15. Dworkin afirma que, “[...] a interpretação entendida como um empreendimento criativo e reconstrutivo, e não a interpretação “conversacional” ou orientada para a mera identificação da intenção subjetiva dos agentes, é o melhor método para compreendermos a natureza do direito”.

³⁷⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

³⁷⁹ MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos –**

políticas da comunidade, que, embora extraído dos Textos Legais e jurisprudenciais escritos no passado, volta-se para a construção do futuro da comunidade [...],³⁸⁰ pois na medida do possível, unifica um conjunto coerente de normas que exprime valores como justiça, equidade e integridade, na proporção correta.³⁸¹

Então, a tese do direito como integridade desenvolve-se a partir da premissa que é a própria comunidade – personificação atuante, justa, equânime e livre³⁸² – a responsável pela elaboração das afirmações jurídicas impostas a seus membros. O faz, por sua vez, embasada nos princípios justificadores das decisões passadas para, assim, articular os parâmetros jurídicos do futuro. Deste modo, os direitos e deveres “[...] são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”.³⁸³

Convém ressaltar que, para Dworkin, o direito como integridade é forma de superar concepções opostas, como o convencionalismo e o pragmatismo judicial, ao negar que “manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais [...], voltados para o futuro”.³⁸⁴ Nesta linha, um direito – ou mesmo uma responsabilidade – convencional é aquele explicitamente resultante de decisões pretéritas ou, até mesmo, compreensível, por meio de metodologias, convencionalmente, recepcionadas pelos profissionais da área jurídica. De outra parte, o pragmatismo no direito – tema fulcral para a pesquisa – conjectura que os magistrados – ou outras autoridades públicas – devam tomar suas decisões sempre pensando no futuro da comunidade sem, contudo, edificar suas prerrogativas no passado.³⁸⁵

Eletrônica, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 724, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/ambicao-do-ourico-um-701640549>. Acesso em: 18 out. 2020.

³⁸⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 171. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em:

<http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire.

³⁸² DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire.

³⁸³ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire. p. 271.

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law’s Empire. p. 271.

³⁸⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

À vista disto, fica evidente que o trabalho de Dworkin se insere na virada hermenêutica – discutida anteriormente –, já que o autor foi, também, um dos principais responsáveis por agregar componentes próprios da filosofia hermenêutica à teoria do direito, em especial aqueles encontrados nos estudos de Heidegger e Gadamer, os quais possibilitaram o avanço da hermenêutica para diferentes domínios do conhecimento e, com isto, renovou as possibilidades reflexivas da ciência, da política, da filosofia e do direito, por exemplo.

Para tanto, o pensador desloca o ponto de vista físico-moderno-objetivo de mundo e, sobretudo, do direito, para um engajamento construtivo e criativo, focado em descobrir e descrever o sentido da prática do interprete, sem desconsiderar, com isto, a intenção, o conteúdo e os valores, tal como, o próprio processo interpretativo – neste caso, do próprio direito.³⁸⁶

Aliás, em outras palavras, interpretar o direito é criar, reconstruir, corrigir, renovar e oferecer novas e verdadeiras bases jurídicas para a sua prática, pois este, enquanto fato social, é dinâmico e passível de influências interpretativas. No olhar de Dworkin,³⁸⁷ a interpretação reflete na prática, visto que, altera “[...] sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior”.

Nomeadamente, a decisão judicial é o lugar – que aqui importa – em que a proposta construtiva e criativa acontece. Porém, não acontece de qualquer maneira, uma vez que Dworkin propõe, também, a limitação da discricionariedade dos magistrados, ao direcionar sua teoria no sentido de que não existem direitos divergentes e que “[...] frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política”.³⁸⁸ Assim, perante a escassez de regras positivadas claras “[...] a atividade interpretativa e deliberativa do magistrado é vinculada aos Princípios preestabelecidos, de modo a afastar a possibilidade da escolha discricionária de critérios subjetivos”.³⁸⁹

³⁸⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

³⁸⁷ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 59.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Taking Rights Seriously. p. 429.

³⁸⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 185. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de

Sob tais expectativas, na tentativa de ilustrar a teoria jurídica e, assim, demonstrar o déficit interpretativo do positivismo jurídico, Dworkin cria um modelo de juiz não humano, denominado de Hércules, que é talentoso, sagaz, sábio, paciente, com uma superior capacidade decisiva e, então, hábil para solucionar todas as questões jurídicas, inclusive as mais complexas.³⁹⁰ Para tanto, ele – Hércules – analisará todas as possibilidades e aspectos, para resolver, com integridade, um caso difícil corretamente. Contudo, esta figura enigmática deve ser tida, somente, como uma alegoria sobre-humana, um tipo de juiz ideal e simbólico, caracterizado, também, pelo fornecimento do único direito válido que, por sua vez, desembocaria num decisionismo, pelo fato de proliferar decisões individualizadas.³⁹¹

Portanto, o jurisfilósofo afirma, também, que qualquer juiz autêntico “[...] só pode imitar Hércules até certo ponto”.³⁹² Ou melhor, a interpretação dos julgadores reais somente poderá se estender aos “[...] casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras”,³⁹³ bem como, embasar sua integridade, “[...] em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”.³⁹⁴

Então, ao conduzir suas decisões, Hércules respeita os julgamentos anteriores e ao interpretá-los, o faz de modo construtivo e íntegro, suficientemente, para edificar uma tese que justifique a prática do direito, à luz da comunidade de princípios políticos aceitos, já que “[...] o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo”.³⁹⁵

Nesta linha, estabelece-se, igualmente, a inclusão da constituição, das leis e dos precedentes, todos – princípios e política – conectados a uma teoria do direito

Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em:

<http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Taking Rights Seriously.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁹² DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 294.

³⁹³ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 294.

³⁹⁴ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 294.

³⁹⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 291.

como integridade. Em outras palavras, o juiz – quase mitológico concebido, filosoficamente, por Dworkin – “[...] aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional [...], aplica-se ao caso em juízo”.³⁹⁶

Contudo, convém intensificar que Hércules é um modelo de juiz forjado somente no plano ideal, um recurso cuja a função é “[...] expor essa complexa estrutura da argumentação, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o Direito como integridade”.³⁹⁷ Na realidade, nem todos os julgadores teriam virtudes ilimitadas, isenção invejável e consenso geral, o que deixa transparecer uma das principais dificuldades para estabelecer a existência da única resposta ou interpretação correta para todo e qualquer caso. Ainda que o constructo teórico de Dworkin seja, filosoficamente, harmonioso e seus critérios íntegros e bem estruturados, a esperada resposta exclusiva só seria possível se – o que parece difícil – considerarem todos os pressupostos – acima trabalhados – que compõe a sua tese do direito como integridade.

Mas, para tanto, “[...] de Hércules se exigirá toda força e toda sabedoria, porém ele não conseguirá evitar ser acusado de incompetente, lento e, sobretudo, de desfigurar o direito pelo decisionismo e pela arbitrariedade” que sugeriu-se opor.³⁹⁸ Então, exausto, Hércules poderá errar, perder-se na realidade e no senso comum, pois, diante do neoconstitucionalismo contemporâneo – com o uso do termo cunhado por Lenio Streck³⁹⁹ – o juiz atuante da ampliação da jurisdição constitucional lidará

³⁹⁶ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Taking Rights Seriously. p. 165.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 287.

³⁹⁸ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Júpiter, Hércules, Hermes e a efetivação dos direitos sociais: quem são e por que estes juízes decidem de forma tão diversa? **Revista Parahyba Judiciária**, João Pessoa, v. 9, n. 9, p. 82, 2016.

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 02, p. 29, out. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em: 01 out. 2020. O autor reconhece que: “[...] não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neoconstitucionalismo’ para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Em decorrência dessas reflexões, a partir de agora, passarei a nominar ‘Constitucionalismo Contemporâneo’ (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. [...] Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com

com uma lista interminável e inimaginável de situações que, agora, envolvem a invocação da força normativa dos princípios, ou seja, “[...] terá que esclarecer, efetivar, explicar, delimitar o princípio da dignidade da pessoa humana, todas as vezes que for invocado perante si”.⁴⁰⁰

Em termos gerais, Dworkin, ao elaborar sua teoria, sinteticamente, procurou, por meio da união de elementos distintos, compreender o sentido do direito, ao associar o passado e o futuro e indicar, com isto, que devem levar os direitos a sério e, de preferência, por intermédio de uma integridade jurídica que garanta a coexistência de princípios e do devido processo legal, na busca, incessante por justiça e equidade.

Para isto, o autor reconhece a necessidade de uma interpretação construtivista, livre de convenções e conflitos, que conduzirá o julgador à decisão acertada, pois, edificaram o ato interpretativo em parâmetros e fundamentos do próprio sistema jurídico, afinal, não se pode relegar o jogo reflexivo criativo à mera opção discricionária do interprete. Ademais, torna-se importante, ainda que sucintamente, continuar pelo caminho inconsútil das teorias jurídicas pós-positivistas, conforme se avistará adiante.

2.5 A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck

Ao caminhar por *terrae brasilis*,⁴⁰¹ onde a modernidade tardou a chegar e as preocupações com a evolução paradigmática não é rotineira, o jurista e professor Lenio Streck,⁴⁰² – em ambiência pós-positivista – volveu olhares críticos para a racionalidade da atividade decisória, no intento de afastar a discricionariedade do intérprete. Para tanto, construiu a sua Crítica Hermenêutica do Direito (Nova Crítica do Direito), na tentativa de enfrentar o positivismo jurídico, a indeterminação do direito

novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial”.

⁴⁰⁰ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Júpiter, Hércules, Hermes e a efetivação dos direitos sociais: quem são e por que estes juízes decidem de forma tão diversa? **Revista Parahyba Judiciária**, João Pessoa, v. 9, n. 9, p. 82, 2016.

⁴⁰¹ Expressão muito utilizada por Lenio Luiz Streck em suas obras.

⁴⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Lenio Luiz Streck, em breves palavras, é Mestre, Doutor e Pós-doutor em Direito, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Professor e pesquisador da Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ), Professor visitante da Universidade Javeriana-CO, dentre outras instituições. O jurista brasileiro conhecido, especialmente, pelas pesquisas envolvendo direito constitucional, filosofia do direito e hermenêutica jurídica.

e, assim, encontrar sua resposta constitucionalmente adequada, tudo isto, é claro, mediante a imbricação das teorias de Martin Heidegger, HansGeorg Gadamer e Ronald Myles Dworkin⁴⁰³ e “[...] inserida no contexto do *constitucionalismo contemporâneo* que redefiniu o Direito Público, a partir de uma reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional”⁴⁰⁴ (grifos do autor).

Importante ressaltar, que o pensamento de Streck é amplo, grandioso, versa sobre variados temas jurídicos e estão disponíveis em importantes obras nacionais como, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, *Hermenêutica constitucional e Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias e discursivas*, além de muitos outros livros, ensaios e artigos. Quanto ao conteúdo, são – o complexo da obra – repletos de argumentos filosóficos e teóricos, bem como, fatos de críticas à interpretação jurídica e, sobretudo, da atividade jurisdicional, tudo orientado para o contexto nacional.⁴⁰⁵

De início, vislumbra-se que o pensamento de Streck, insere-se no paradigma da filosofia da linguagem, estudada em páginas anteriores, quando as pessoas, por meio da inversão do modelo vigente, compreenderam a si mesmas e a compreensão, por sua vez, agora como teoria do ser, contempla uma condição humana. Segundo afirmações de Zanon Junior, para o filósofo brasileiro, que há muito se dedica aos estudos sobre a liberdade indevida daquele que interpreta, o “[...] desenvolvimento histórico da filosofia da linguagem resultou na superação da relação sujeito-objeto pela hermenêutica cunhada sob a perspectiva sujeito-sujeito, através da [...], reviravolta ou giro de cunho linguístico [...] ou, ainda, ontológico [...]”.⁴⁰⁶

Para o autor em destaque, o fato de a linguagem adentrar a esfera filosófica, gerou uma imensa revolução, a qual irradiou significativos efeitos, também, para a Ciência do Direito. Logo, o giro linguístico provocou, do mesmo modo, uma guinada

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁰⁴ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 323, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09/6434>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁴⁰⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴⁰⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 28.

hermenêutica, que, na esfera do conhecimento jurídico, ele – Streck – denominou como Nova Crítica do Direito ou Crítica Hermenêutica do Direito,⁴⁰⁷ ou seja, um outro “[...] estilo de abordagem na filosofia pela qual se vê como tarefa primeira o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou da positivação)”.⁴⁰⁸

Salienta-se, ainda, que a proposta teórica pós-positivista de Streck se vincula à corrente substancialista⁴⁰⁹ e norteia-se, como dito acima, pela hermenêutica fenomenológica de Heidegger, pela hermenêutica filosófica de Gadamer e pela teoria da integridade de Dworkin, principalmente. Com isto, seu entendimento supera a dicotomia sujeito-objeto, proposta pela filosofia da consciência, ao adotar a linguagem com a condição de possibilidade na produção do conhecimento humano.⁴¹⁰ Assim, rejeita, igualmente, a perspectiva de escolha ou fases entre métodos interpretativos – porque “[...] não há como estabelecer condições ideais de fala”⁴¹¹ –, visto que, diante de uma situação em concreto sempre haverá – para aquele julga/interpreta – conhecimentos anteriormente adquiridos, uma compreensão acumulada, ou seja, um horizonte de compreensão já estabelecido (pré-compreensão ou pré-juízos).⁴¹²

Neste fio, Streck⁴¹³ apresenta a importância filosófica da diferença ontológica, ou seja, “[...] da discrepância entre ser (*Sein*) e ente (*Seiende*), como peculiaridade essencial para preservar a ciência da objetivação (entificação) pretendida pela

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 149.

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 295-296. “Nesse sentido, deixo claro no desenvolvimento desta obra que assumo uma postura *substancialista*, para a qual o Judiciário (e, portanto, o Direito) assume especial relevo. [...] Esta postura implica assumir a tese de que, no Estado Democrático de Direito, *o Direito tem uma função transformadora*” (grifos do autor). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 265. “O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de ‘vida boa’ deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.”

⁴¹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 173.

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

metafísica”⁴¹⁴ (grifos do autor). Com efeito, para Heidegger,⁴¹⁵ o ser é entendido como o desvelar da coisa, mas para que exista esta revelação do ser, necessária se faz uma clarificação ou abertura no sentido do ser para, assim, resultar no único ente capaz de compreender o ser – o homem (*Dasein*). Simplificadamente, o ser é a maneira como ocorre o acesso ao ente e, desta forma, o homem compreende o mundo da vida. Isto ocorre porque “o ente por si só é inacessível, somente se manifestando no seu ser. Logo, ambos estão interligados, na medida que o ente somente se faz presente no seu ser e vice-versa”.⁴¹⁶ Nas palavras do pensador:

[...] a diferença ontológica é exatamente – juntamente com o círculo hermenêutico – o sustentáculo da hermenêutica filosófica. Com ela, o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – e somente pode ser – no seu ser (aqui se encontra o sustentáculo da *applicatio*). E isso constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência, isto é, compreender que não há dois mundos, não há espaço para os dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência); mas também não estão cindidos. É a diferença que faz a diferença entre a hermenêutica e as demais teorias discursivo-procedurais e que é condição de possibilidade para alcançar a resposta correta.⁴¹⁷

Streck,⁴¹⁸ por sua parte, translada o entendimento de diferença ontológica, cunhado por Heidegger, para a hermenêutica jurídica ao, brilhantemente, expor que existe uma distinção – que é fundamental – entre texto e norma. Nesta perspectiva, “a norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só ex-surge na sua ‘normação’, valendo o mesmo raciocínio para a ‘dicotomia’ vigência-validade”.⁴¹⁹

⁴¹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em:

<http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴¹⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Parte I. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Tradução de: Sein und Zeit.

⁴¹⁶ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 211. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em:

<http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

⁴¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 212.

Outrossim, a norma não tem existência separada do texto. Pelo contrário, o escrito a interpretar-se já está ‘normado’, por isso, não é possível negar que exista tradição, faticidade e a historicidade, como um horizonte de possibilidades, que acompanha a compreensão de qualquer inscrição jurídica.⁴²⁰ Melhor dizendo, compreender um texto do direito consiste em alcançar a sua história, estrutura, natureza e motivações, consciente e inconscientes, daquele que o interpreta, pois, o texto é um evento que só faz sentido em sua norma⁴²¹ e todo este movimento, por sua vez, depende, ainda, de uma contextualização temporal.

Noutro ponto, para Streck,⁴²² em nenhum momento o hermeneuta faz uma leitura ingênua de um texto, isto é, sem nenhuma percepção dos conhecimentos prévios sobre o assunto disposto, pois, o leitor/intérprete, provavelmente, já possui suas próprias experiências e concepções sobre o conteúdo nele contido. Neste sentido, cria-se uma relação de circularidade típica ou uma estrutura circular, visto que se compreende algo ao compará-lo a alguma coisa já conhecida. Desta feita, aquilo que se compreende agrupa-se em unidades circulares individuais, as quais, quando unidas, formam um círculo hermenêutico, “por uma interação dialética entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é, portanto, circular. Logo, o conceito de círculo hermenêutico se justifica pelo fato do sentido aparecer dentro do círculo”.⁴²³ Em outras palavras:

[...] *círculo hermenêutico* opera quando o intérprete, com base em sua pré-compreensão, lança-se/projeta-se sobre o texto, compreendendo-o. Assim, a sua pré-compreensão retorna modificada, sendo condição de possibilidade para uma nova compreensão, e assim por diante, circularmente⁴²⁴ (grifos do autor).

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴²³ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Hermenêutica e o espelho da realidade: um olhar para o constitucionalismo latino-americano e o bem-viver*. In: VÉRAS NETTO, Francisco Quintanilha; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; STOLZ, Sheila (org.). **Hermenêutica, sociedade e natureza**: análise crítica dos paradigmas (pós) modernos. Rio Grande: FURG, 2015. p. 73. *E-book*. Disponível em: https://direito.furg.br/images/Arquivos_Gerais_FADIR/LIVROS_PUBLICADOS/VOLUME-04.pdf. Acesso em: 04 set. 2020.

⁴²⁴ STÜRMER, Júlio César Maggio. **Processo democrático**: uma análise do processo como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas a partir da crítica hermenêutica do direito. 2017. p. 145. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-

Deste modo, ao considerar os apontamentos hermenêuticos acima, o autor esclarece que, cada vez que o texto é interpretado, uma nova norma surge, haja vista que “a linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem significações definitivas”.⁴²⁵ Quer dizer, palavras podem ser equívocas e inexatas, de modo a gerar uma imprecisão de sentido. Em outro momento, destaca, ainda, que o tempo é determinante para a interpretação, pois, a construção do conhecimento resulta do momento histórico em que se insere, daí que, “cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isto é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos”.⁴²⁶

Sem embargos, diante de situações eivadas de ambiguidade e da temporalidade, Streck⁴²⁷ sustenta que “[...] o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos”. Portanto, “[...] prevenindo a discricionariedade típica do Positivismo Jurídico”.⁴²⁸ Com fundamento nestas bases, o processo hermenêutico de interpretação possibilita a aproximação do direito à realidade e, não, em seu confinamento a subjetividades jurídico-interpretativas, pois assim é possível proporcionar um melhor reconhecimento – ou aproximação – ético a figura do intérprete que, como um ser-no-mundo, se encontra envolvido em fatos, inserido numa historicidade que, por seu turno, varia no tempo.

Assim, resumidamente, uma interpretação com sentido pressupõe que aquele que pratica o ato, também, compõe o texto que busca compreender, visto que não há como invalidar as opiniões, as pressuposições, as expectativas ou mesmo os conhecimentos preexistentes. Isto significa que não é possível sair do círculo hermenêutico. Porém, o intérprete/leitor/julgador deve ter em mente que o ato interpretativo precisa ser livre, protegido e crítico, quanto às situações arbitrárias, opiniões ingênuas e subjetividades levianas para, assim, assegurar a legitimidade e a verdadeira compreensão.

Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6881>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁴²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 175.

⁴²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 211.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 295.

⁴²⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 217. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

Importante pontuar, ainda, que na teoria de Streck, uma “[...] construção normativa é a constituição de uma resposta adequada para uma pergunta concreta, surgida em um determinado contexto histórico”.⁴²⁹ Então, para alcançar seu objetivo, o “[...] intérprete lança-se sobre o fato concreto com base em sua pré-compreensão (ela que carrega as condições de possibilidade para a interpretação, ou seja, a faticidade e a tradição, a historicidade), resultando na compreensão”.⁴³⁰ Para Engelmann,⁴³¹ é neste contexto que a interpretação se renova, pois, diante da contemporaneidade do caso concreto, os outros fatos e a conjectura de mundo não são mais os mesmos que contemplaram-na anteriormente, logo, a norma jurídica é a resposta – interpretação/aplicação – conferida ao caso concreto.

A seu turno, a norma jurídica – ou a resposta do direito para controvérsias fáticas – será o resultado da congruência entre regras e princípios. Em Streck, regras e princípios possuem caráter deontológico⁴³² e diferenças, somente, no plano apofântico,⁴³³ em virtude de princípios não constituírem valores, mas, o fundamento de existência das regras, logo, também não são cláusulas abertas ou de livre criação do órgão jurisdicional aplicador do direito, “[...] e sim preceitos constantes do sistema

⁴²⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 218. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴³⁰ STÜRMER, Júlio César Maggio. **Processo democrático**: uma análise do processo como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas a partir da crítica hermenêutica do direito. 2017. p. 154. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6881>. Acesso em: 19 out. 2020.

⁴³¹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 596. Elucida o autor que: “Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia e é por isso que, permito-me insistir neste ponto, princípios não são valores. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras. Normas serão, assim, o produto de uma dimensão deontológica própria do direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios. [...]. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras. [...]. São eles os marcos que permitem a compreensão da história institucional do direito – por isso, eles expressam de modo complexo o momento hermenêutico do direito”.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 283. Nas palavras do jurista: “[...] princípios, [...] diferentemente das regras, traz consigo a carga de uma filosofia prática, razão pela qual acaba sendo associado aos valores. Os princípios, portanto, representam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo (no âmbito da aplicação do direito). As regras, por outro lado, representam uma técnica para a concretização desses ‘valores’, ou seja, meios (condutas) para garantir um ‘estado de coisas’ desejado. É por isso, portanto, que a compreensão da regra exige esse ‘princípio instituidor’, sob pena de uma interpretação ‘alienada’”.

normativo, suscetíveis de uma leitura moral”, que quando interpretados separadamente não apresentam os efeitos esperados para solução do conflito social.⁴³⁴

Ademais, a regra “[...] apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, ‘insuficiência’ [...] proporcionada pela interpretação da regra, surge a ‘necessidade’ do uso dos princípios”.⁴³⁵ Os princípios, por outra parte, são “normas jurídicas com ampla força normativa. Mais do que isto, princípios são a institucionalização do mundo prático no direito”.⁴³⁶ Por conseguinte, quando são “[...] devidamente articulados tais elementos, a porosidade das Regras é atravessada pelos vetores materiais dos Princípios, de modo a fechar a interpretação e, assim, produzir a Norma Jurídica que resolve o caso concreto”.⁴³⁷

Deste modo, no raciocínio de Streck,⁴³⁸ a “[...] regra não está despojada do princípio”, e “o princípio só se ‘realiza’ a partir de uma regra”. Noutras palavras, “não há princípio sem (alg)uma regra”, e “por trás de uma regra necessariamente haverá (alg)um princípio”. Consequentemente, “se acreditarmos que existem princípios sem regras, acreditaremos também que há normas sem textos.” Logo, a “[...] norma representa o produto da interpretação de um texto”, ou seja, “[...] o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica”. Com isto, “[...] sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*”,⁴³⁹ diante do caso concreto a ser normatizado (grifos do autor).

Streck, a exemplo de Dworkin, afirma, ainda, que a “[...] norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico”.⁴⁴⁰ Portanto, ao discordar claramente,

⁴³⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 224. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 283.

⁴³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 244.

⁴³⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 219. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 604.

⁴³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 586.

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 586.

como verificou-se acima, da distinção entre regra e princípio, à vista disto, torna-se “[...] necessário desmi(s)tificar esse sentido comum que se formou em torno dessa distinção estrutural (entre regra e princípio) e que é repetida de forma tão acrítica que já se tornou banal”,⁴⁴¹ porque, “não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude.”

Neste ponto, com relação à referida distinção, o autor critica veementemente, ao aduzir que “[...] os princípios seriam aplicados por ponderação,⁴⁴² ao contrário das regras, que seriam aplicadas por dedução/subsunção⁴⁴³. Isso seria assim porque os princípios são passíveis de confronto com outros; já as regras, não”.⁴⁴⁴ Tal separação, segundo o jurista, se perpetuada, daria, mormente, azo à continuidade ou manutenção da discricionariedade e do decisionismo, típicos do positivismo jurídico. Especificamente, para o raciocínio streckiano, não é adequada a cisão feita entre regras e princípios, aplicar e interpretar, subsunção e ponderação ou, mesmo, entre situações simples e complexas, mas, uma conexão no modo de produção da norma

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 147, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/67/63>. Acesso em: 15.out. 2020.

⁴⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23-27. Ponderação é “[...] entendida [...] como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. [...]. É possível visualizar na doutrina e na prática jurídica brasileiras ao menos três maneiras diferentes de compreender a ponderação. Em primeiro lugar, a ponderação é descrita por muitos autores como a forma de aplicação dos princípios. [...]. Nesse sentido, e empregando a lógica de Alexy, uma vez que os princípios funcionam como comandos de otimização, pretendendo realizar-se da forma mais ampla possível, a ponderação é o modo típico de sua aplicação. Por meio da ponderação se vai sopesar a extensão de aplicação possível de cada princípio, considerando as possibilidades jurídicas (outros princípios contrapostos e eventualmente regras) e físicas existentes. [...]. Uma segunda maneira de compreender a ponderação é a que a visualiza, sem maiores preocupações dogmáticas, como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios. [...]. Por fim, e em terceiro lugar, diversos autores ligados às discussões sobre a teoria da argumentação compreendem a ponderação em sentido muito mais amplo, como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”.

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 264. Como clarifica o autor: “O modelo da subsunção pressupõe a confrontação da lei concebida como universalidade e o caso concreto, identificando-se o dito ‘caso concreto’ como ‘caso’ do gênero designado na lei, conforme bem assinala Schapp, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Trad. de Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 90. No caso da tópica, a subsunção decorre da confrontação da universalidade do *topos* e o ‘caso’ (ou problema) concreto. De um modo mais simples, pode-se dizer que ocorre subsunção quando se quer subsumir o individual sob os conceitos do geral (Gadamer). Por isto, a subsunção é metafísica”.

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 285.

jurídica para, assim, oferecer apropriada solução ao caso concreto, ou melhor, aos casos únicos.⁴⁴⁵

Em decorrência desta ideia, inexistiria, como citado, um dualismo entre casos fáceis e difíceis, o que rechaça, por conseguinte, “[...] o esquema sujeito-objeto, pelo qual casos ‘fáceis’ eram solucionados por subsunção e casos difíceis por ‘escolhas discricionárias’ do aplicador”.⁴⁴⁶ Segundo Streck,⁴⁴⁷ esta cisão não é digna de aceitação teórica, já que, uma das principais questões referente à hermenêutica filosófica é, exatamente, a inviabilidade da divisão estrutural entre casos fáceis e difíceis. Logo, em regimes jurídicos democráticos “[...] não há (mais) espaço para que ‘a convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei, enfim, ‘os casos difíceis’”,⁴⁴⁸ isto é, “[...] uma crítica que se mantenha nos aspectos semânticos da lei, pode vir a ser um retrocesso”.⁴⁴⁹

Nesta conjuntura, o escritor procura apresentar ferramentas que conduzem o profissional jurídico a uma interpretação correta do direito, constitucionalmente adequada, de modo a defender que, para cada situação jurídica conflituosa, existe uma resposta. E acrescenta que:

[...] a tese aqui fundamentada na hermenêutica, porque lastreada na incidibilidade entre texto e norma e entre fundamentação e aplicação, admite que se encontre sempre a resposta: nem a única nem uma entre várias possíveis. Trata-se da ‘resposta’, que exsurge como síntese hermenêutica, como descrição fenomenológica, e que será o ponto de estofo em que se manifesta a coisa mesma (*die Sache elbst*)⁴⁵⁰ (grifos do autor).

Assim, revela o professor Lenio Streck que respostas corretas (adequadas à Constituição) são possíveis e necessárias, as quais constituem um direito fundamental

⁴⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **ÂNIMA – Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet**, Curitiba, n. 1. p. 13, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

⁴⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 396.

de cada cidadão.⁴⁵¹ Mais que isto, a possibilidade de múltiplas soluções jurídicas implica em admitir a manutenção das discricionariedades positivistas, o que demonstra, por vez, “[...] antitético ao caráter não relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do constitucionalismo contemporâneo, introduzido pelo Estado Democrático de Direito [...]”.⁴⁵²

Logo, segundo o autor, “[...] é preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha”.⁴⁵³ À vista disto, a decisão jurídica não pode ser compreendida “[...] como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher”.⁴⁵⁴ Em síntese, “[...] a escolha é sempre parcial”,⁴⁵⁵ discricionária e, provavelmente, autoritária, para não dizer arbitrária, “[...] quando um jurista diz que ‘o juiz possui poder discricionário’ para resolver os ‘casos difíceis’. O que se pretende afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier...!”.⁴⁵⁶

Outrossim, justifica Streck,⁴⁵⁷ que uma decisão jurídica deve ser a demonstração, pelo julgador, da compreensão e de compromisso com a interpretação mais adequada aos preceitos jurídicos construídos pela comunidade política, em conjunto com o direito e, obviamente, tendo como parâmetro a Constituição. Diante disto, será, também, adequada se respeitar a autonomia do direito, ao não permitir “[...] que este se contamine por outras áreas como a economia ou a moral, bem como sua coerência, a partir de uma detalhada fundamentação, evitando, com isto, a discricionariedade”.⁴⁵⁸

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 571.

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44-45.

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

⁴⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁵⁸ SILVA, Luciano Filizola da. Entre a lei e a vontade: algumas reflexões sobre discricionariedade e decisão jurídica. In: MENDES, Angela Dias (org.). **Crítica hermenêutica do**

Por fim, a Crítica Hermenêutica do Direito – ou Nova Crítica do Direito, edificou uma teoria da Decisão Judicial assentada no paradigma da resposta correta e adequada à Constituição, de modo que estabelece uma perspectiva teórica livre, ao menos em tese, das subjetividades/discricionariedades dos julgadores, o que representa uma teoria da decisão judicial focada em resguardar o exercício da atividade jurisdicional.

Mas, como acontece na tese dworkiana, este modelo teórico – por mais respeitado que seja dentro da comunidade jurídica – representa somente o “[...] começo de um longo e infundável debate sobre o ‘que é o direito’ e quais são os limites dos juízes na efetivação dos direitos fundamentais”. Principalmente, diante da realidade, o profissional do direito – especialmente o julgador – deverá conhecer a si mesmo e, também, ao ambiente em que se insere e, assim, o fará com estudos constantes, análise cuidadosamente das provas e das petições, de forma a atualizar sua prática, bem como, conhecer, ao menos um pouco, a história, a econômica, a política e as questões sociais do local da jurisdição, para, somente assim, contextualizar o direito e apresentar racionalmente as respostas às demandas que lhe são postas.

Para encerrar este ponto, é conveniente destacar que as ideias concebidas e articuladas pelo jurista Lenio Streck, paulatinamente, repercutem no cenário judicial nacional, bem como, influenciam muitas reflexões de importantes e renomados pesquisadores, adentrou a academia e motivou, ainda, a comunidade jurídica no processo de tomada de decisão. Porém, persiste a necessidade de ir além, pois, no atual contexto de pós-positivismo, onde o político, constantemente, assume proporção jurídica – o oposto também é de grande valia – o que se persegue – e sempre se perseguiu – é o determinar de critérios racionais e legítimos, que justifiquem a atividade dos julgadores, o processo de tomada de decisão e, o mais importante, um fundamento válido e seguro de justiça. Dito isto, desmistificar a insuficiência dos métodos hermenêuticos é preciso.

2.6 A insuficiência dos métodos hermenêuticos

Como se observou, o último século foi, para o conhecimento jurídico, um inegável e emblemático momento de transição. Entretanto, permanece o debate em torno da legitimidade do processo decisório e, ao que parece, esta é uma questão que está longe de encontrar seu derradeiro desfecho. Nítido, também, que métodos hermenêuticos, inclusive os contemporâneos, “[...] não conseguiram estabelecer com clareza um critério de justiça e correção da decisão judicial”,⁴⁵⁹ visto que existe – e talvez sempre existirá – uma lacuna propícia a acolher a discricionariedade, uma divergência oportunista sobre o método proposto, ou mesmo, uma discordância acerca da correta utilização dele. Contudo, não quer dizer que estes métodos não possuam “[...] fundamental importância para a compreensão do Direito e para o esclarecimento das possibilidades interpretativas da norma e da aplicação da Lei”.⁴⁶⁰

Assim, ainda permeia no direito a ideia – uma hermenêutica jurídica – escorada em métodos interpretativos, que propiciam a ilusão ao intérprete de que é possível arrebatá-la verdadeira vontade da lei, por meio da atividade declaratória, exercida pelo do juízo. Lenio Streck⁴⁶¹ admite que a forma de realizar o direito cotidianamente, ainda hoje, está edificada na possibilidade de alcançar a verdade da lei, a resposta correta e a vontade do legislador. Por isto, “[...] a hermenêutica jurídica [...], aponta para a necessidade da construção de respostas corretas em direito”.⁴⁶² Para Jorge Neto,⁴⁶³ eis a grande incongruência que permeia o problema hermenêutico, qual seja, acreditar que, primeiro, é plausível atingir a verdade e a justiça, independentemente da construção ou interferência humana, e reconhecer, em segundo, que não existam métodos plenamente eficazes para descobrir esta verdade ou a justiça.

⁴⁵⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 121.

⁴⁶⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 121.

⁴⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 260.

⁴⁶³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

Neste último ponto, Kelsen,⁴⁶⁴ a seu turno, é categórico ao afirmar que não há, absolutamente, qualquer método capaz de resolver as várias significações verbais possíveis de uma norma e, assim, “[...] apenas uma possa ser destacada como correta”.⁴⁶⁵ Sendo assim, “[...] não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”.⁴⁶⁶

Destarte, mesmo com muito esforço para se confrontar normas da ordem jurídica possíveis, não se obteve êxito, ainda, em resolver objetivamente a questão sobre a aplicação de uma ou da outra, visto que, “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”.⁴⁶⁷

Como se nota, Kelsen⁴⁶⁸ discorda piamente da afirmação de que, diante da diversidade de significações da norma de direito a ser aplicada, apenas uma esteja certa. E vai além, ao reconhecer que indagações relativas à análise correta não são, ao menos, “[...] um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”.⁴⁶⁹ Nota-se, então, que questões que envolvam a exata interpretação, também, são inerentes ao problema da deliberação judicial justa, já que “[...] a decisão judicial nada mais é que a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica”.⁴⁷⁰

Logo, a “[...] tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas)”.⁴⁷¹ Porém, existe, ainda que na esfera material, diferenças entre as situações descritas, mas somente de cunho quantitativo, na medida que o legislador está, relativamente,

⁴⁶⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre.

⁴⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 248.

⁴⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 248.

⁴⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 248.

⁴⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre.

⁴⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 249.

⁴⁷⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 122.

⁴⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 249.

menos vinculado à Constituição que o juiz, no processo de criação do direito,⁴⁷² “[...] por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”.⁴⁷³

Neste sentido, como há muito avistou Kelsen em sua teoria positivista, as discussões em torno da decisão judicial correta é, também, um problema político, dado que os direitos das pessoas, no entender de Dworkin,⁴⁷⁴ são, igualmente, anteriores e independentes de qualquer concessão jurídica, e ao julgador cabe, somente, a construção argumentativa da decisão judicial. Contudo, a incessante busca por critérios racionais para a resolução segura e verdadeira do problema da decisão judicial não está alheia ao direito, ainda mais em tempos pós-positivistas, ou seja, quando o político e jurídico constantemente se cruzam em deliberações que acabam, muitas vezes, por se tornarem verdadeiras políticas públicas.

Diante de tudo que já foi dito, é inegável assumir que a magistratura, nos dias que correm, exerce certa função criativa do Direito. Nas palavras de Cappelletti:⁴⁷⁵

[...] o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função [como interpretar e criar o direito], mesmo no caso [...] em que seja obrigado a aplicar uma lei preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.

Assim, resta claro e inevitável o reconhecimento do papel do poder judiciário na contemporaneidade, uma vez que grandes questões – que se furtaram ao olhar do legislador –, agora clamam aos pés do judiciário por respostas pacificadoras. Entretanto, para Cappelletti,⁴⁷⁶ pode-se considerar a atividade criativa do julgador, quantitativamente, boa ou ruim, a depender, essencialmente, de muitas condições, “[...] de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade,

⁴⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre.

⁴⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 249.

⁴⁷⁴ DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Taking Rights Seriously.

⁴⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatore? p. 128-129.

⁴⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatore? p. 92.

circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade”.

A partir destas considerações, o juiz – com suas decisões judiciais – é desafiado “[...] a reexaminar os institutos e conceitos que formam o seu instrumental técnico sob novas perspectivas, despindo-se de preconceitos e dogmas”.⁴⁷⁷ Isto significa que o direito – e a própria atividade jurisdicional – carece de compreensão crítica e racionalmente por parte do julgador, o que implica, muitas vezes, em abandonar o tradicional ou formal, mas com base em conteúdos éticos e morais, oriundos das lutas sociais e políticas de outrora e, com o propósito de efetivar, para o maior número de indivíduos, as propostas, há muito, de liberdade, igualdade e fraternidade.⁴⁷⁸

Porém, destaca-se que, por muito tempo, o binômio interpretação-aplicação da lei ignorou o espaço de liberdade do julgador – a discricionariedade –, especialmente no que tange à tarefa judicial, como bem aponta Cappelletti:⁴⁷⁹

[...] o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e ‘balanceamento’; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo, aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

⁴⁷⁷ SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 20, jan./mai. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47301/45682>. Acesso em: 21 jun. 2018.

⁴⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

⁴⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauri. **Juizes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatore? p. 33.

Neste sentido, continua Cappelletti,⁴⁸⁰ ao evidenciar que a legitimidade da atividade criativa dos juízes está, significativamente, no procedimento adotado. Segundo o autor, o modelo jurisdicional possui três regras fundamentais, quais sejam, respectivamente, “*nemo iudex in causa propria*” – o juiz não pode decidir em situação que ele seja partícipe; “*audiatur et altera pars*” – o juiz deve preservar o contraditório e a ampla defesa, precisa ficar além das partes, imparcial, distante, independentemente de qualquer influência delas e, por fim, “*ibi non est actio, ibi non est jurisdiction*” – o juiz exerce atividade jurisdicional passiva, pois atua somente quando chamado pelas partes, para, desta forma, garantir as outras regras citadas.

De fato, para Jorge Neto,⁴⁸¹ os preceitos acima, quando colocados em prática, limitariam a atividade jurisdicional, “[...] vez que eles só poderiam exercer o poder sob estas condições, legitimariam a atividade criativa dos juízes na decisão judicial”.⁴⁸² Entretanto, sozinhos não garantem que a atuação criativa dos juízes será benéfica, pretendida ou, mesmo, desejável – tarefa que por si já é muito complexa –, bem como, “[...] não trazem critérios de correção da decisão judicial, pelo menos não no que se refere a critérios substantivos que digam respeito ao conteúdo e não ao procedimento adotado”.⁴⁸³ Aparentemente, para Rodriguez:⁴⁸⁴

Partir de um modelo de ‘bom juiz’ muito bem delineado, como se fosse o ‘correto’, aquele que se ‘deve seguir’, é um obstáculo para compreender o funcionamento das instituições e revela uma falta de percepção sobre as necessidades reais do exercício da função jurisdicional. Afinal, o direito precisa se transformar para dar conta de novos conflitos.

Nada obstante, as abordagens pós-positivistas, sem nenhuma dúvida, dilataram, consideravelmente, o ambiente criativo da atividade deliberativa dos juízes e, respectivamente, as possíveis soluções para as obscuridades do fenômeno. Assim, Bobbio⁴⁸⁵ parte do pressuposto de que, atualmente, não são mais admitidas que as

⁴⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatori? p. 75-76.

⁴⁸¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial:** fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

⁴⁸² JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial:** fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 124.

⁴⁸³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial:** fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 124.

⁴⁸⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013. p. 10.

⁴⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico.** São Paulo: Unesp, 2016.

ações realizadas pelos juízes em sua prática cotidiana, ou seja, para interpretar o direito “[...] sejam apenas lógicas, no sentido estrito da palavra, isto é, que sejam operações de dedução de certas conclusões a partir de determinadas premissas; em outras palavras, que a atividade do juiz seja meramente mecânica ou automática”.⁴⁸⁶

De fato, não é possível impedir o correr da história e, com ela, a mudança “[...] do direito e das instituições [que] em geral passa, necessariamente, pela transformação do papel do judiciário e da atuação dos juízes”.⁴⁸⁷ Então, em tempos de pós-positivismo, houve uma gradual promoção do Poder Judiciário, pois, nas análises de Jorge Neto,⁴⁸⁸ as reflexões sobre a judicatura, do tempo presente, vão muito além de perguntas sobre seus limites e possibilidades, haja vista que agora a sociedade está diante da existência de cortes com poderes, pelo menos, para “[...] invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo à luz da interpretação mais ou menos abrangente que dão às normas constitucionais é uma realidade na maioria dos países do mundo ocidental”.⁴⁸⁹ Inclusive, não é raro defenderem que:

[...] o pós-positivismo e a possibilidade de preenchimento de conteúdo normativo pelos julgadores é, em si mesmo, um mal que deve ser a todo custo evitado a fim de garantir a separação de poderes e assegurar que as decisões políticas sejam discutidas e adotadas por quem tem legitimidade democrática e competência para tanto: a esfera política. Os juízes, além de não terem legitimidade, não teriam capacidade para resolver algumas questões, sobretudo quando tivessem que se embasar em argumentos extrajurídicos e procurar respostas diretamente na realidade social.

Todavia, numa sociedade complexa, como a atual, em que as possibilidades de fatos considerados jurídicos vão, infinitamente, além da capacidade do legislativo de regulamentá-las, as teorias pós-positivistas e, com elas, os superiores valores humanos – muitos, inclusive, previstos constitucionalmente – se apresentam como uma inarredável realidade. Logo, “[...] a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, ancorada na ideologia da Revolução Francesa e

⁴⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016. p. 118.

⁴⁸⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013. p. 10.

⁴⁸⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v.07, n. 02, p. 509-532, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/890>. Acesso: 11 out. 2020.

⁴⁸⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v.07, n. 02, p. 509, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/890>. Acesso: 11 out. 2020.

no dogma da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos”⁴⁹⁰ e, conseqüentemente, o direito, enquanto meio para a adequação social, e a mola propulsora para o alcance do valor ‘justiça’, transformou, por vez, o juiz – em foro pós-positivista – naquele que quebra a lógica da separação das funções estritamente, exercidas pelo judiciário e pelo legislativo.⁴⁹¹

Desta feita, ganha destaque a jurisdição – e, também, o juiz – especialmente em democracias de caráter tardio, como a brasileira. Para Paulino,⁴⁹² a jurisdição adquire especial relevância “[...] em países de democratização tardia, ou de recente redemocratização como o Brasil, no qual o processo majoritário muitas vezes não atende os pleitos da sociedade devido às distorções históricas na distribuição de poder e renda pela sociedade”. Por isto, muitos pleitos que objetivam a realização de direitos fundamentais são jurisdicionalizados, pois, de acordo com Piketty,⁴⁹³ “[...] a democracia real e a justiça social exigem instituições específicas, que não são apenas as do mercado e também não podem ser reduzidas às instituições parlamentares [...]”.

Nesta perspectiva, mesmo que simplista, quando as leis não conseguem contemplar legislativamente todos os fatos que deveriam adentrar no mundo jurídico e, muitas vezes, nem ao menos regular a parte fundamental deste ordenamento, o que acaba, fatalmente, por acontecer é um descompasso entre o avanço social e a produção legislativa, um aumento significativo dos sujeitos hábeis a interpretar as leis – a exemplo dos membros da estrutura administrativa federal, estadual e municipal –, bem como, dificuldades de identificação das fontes. Sob este prisma, Cappelletti⁴⁹⁴ reconhece algumas debilidades da atividade jurisdicional, ao citar que:

O Direito judiciário é casuístico, de modo frequente bastante ‘causal’, descontínuo e, em grande medida, dependente da sorte de

⁴⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 22, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁴⁹¹ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional**. São Paulo: Leud, 2017.

⁴⁹² PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 71.

⁴⁹³ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Tradução de: *Le capital au XXI^e siècle*. p. 413.

⁴⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauri. **Juizes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de *Giudici Legislatori?* p. 83-84.

determinados casos concretos. Mesmo quando integrado pelo Direito legislativo, e assim tornado menos ‘esporádico’, o resultado constitui, amiúde, confusa mistura de fontes jurídicas diversas, muitas vezes conflitantes entre si, vindas à luz em tempos diferentes, motivadas por fins diversos, difíceis de compreender, combinar e reconciliar entre si.

Mesmo diante dessas dificuldades, Cappelletti⁴⁹⁵ anuncia que, para muitos, é possível considerar o dinamismo do judiciário – como ente capacitado – para contornar, ainda que provisoriamente, as mais diversas situações que emperram o progresso do sistema democrático. Mas, como contra-argumento sobre esta criatividade exacerbada do judiciário, o autor relata que o próprio sistema político atua, muitas vezes, com interesses individuais e não coletivos; que o Poder Judiciário nem sempre opera totalmente livre de representatividade; os tribunais, porém, podem contribuir e facilitar a representação geral do sistema; e, por fim, as partes, ao impulsionarem o processo jurisdicional, apontam o seu conteúdo – salvo raras exceções –, bem como, cabe-lhes, ainda, serem ouvidas.

Neste ponto, “[...] o processo jurisdicional seria mais participativo que os processos de escolha e tomada de decisão dos Poderes Executivo e Legislativo”.⁴⁹⁶ Assim, se em sistemas democráticos de governo os direitos das pessoas podem se fazer respeitados – inclusive via jurisdição – o inverso também é verdadeiro, ou seja, “[...] parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária”.⁴⁹⁷ Conquanto, devido às características multifacetadas dos conflitos na sociedade complexa, não raras vezes, o poder jurisdição é chamado a solucionar controvérsias e, ao final, apresentar uma decisão ‘justa’ para as partes envolvidas.

Em Cappelletti,⁴⁹⁸ a jurisdição alcança fundamental importância, visto que nos sistemas jurídicos contemporâneos esta é determinante, principalmente, para as pessoas – em especial as menos favorecidas – reivindicarem seus direitos sob o

⁴⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatori?

⁴⁹⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial:** fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 126.

⁴⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatori? p. 107.

⁴⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective.

augúrio do Estado, o qual, por sua vez, deve(ria) garantir que os resultados alcançados, tanto em níveis individuais, quanto coletivos, sejam socialmente justos.

Do mesmo modo, a jurisdição e, sobretudo, o acesso a ela, é mais uma razão “[...] para que se encare com otimismo a capacidade dos sistemas jurídicos modernos em atender as necessidades daqueles que, por tanto tempo, não tiveram a possibilidade de reivindicar seus direitos”,⁴⁹⁹ mas, “o maior perigo que levamos em conta é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais [...]”.⁵⁰⁰

Portanto, o grande desafio está em “[...] identificar os critérios que utilizar-se-á para determinar, dentro das possíveis decisões de um litígio, qual delas pode ser considerada relativamente “melhor” que as outras e, portanto, justa”⁵⁰¹ (tradução nossa). Então, a reflexão que se segue é sobre qual/quais os métodos hermenêuticos seriam mais apropriados para a interpretação das normas jurídicas – especialmente as constitucionais, num mundo pós-positivista – ou se tais métodos estariam, assim, “[...] contribuindo para a produção de um vasto e importante instrumental técnico para a interpretação das normas constitucionais pelas cortes constitucionais e pelos juízes”.⁵⁰² Para Jorge Neto,⁵⁰³ ressalvada a importância destes métodos, entretanto:

[...] nenhum desses métodos tem o poder de vincular os juízes a um procedimento interpretativo específico. A escolha por um dos métodos hermenêuticos raramente é feita de modo claro pelas cortes e, na prática, resolve-se em uma questão argumentativa e não propriamente hermenêutica. Não queremos com isso sugerir a menor importância do estudo da hermenêutica do ponto de vista filosófico nem de seus métodos aplicados especificamente à ciência jurídica. Mas, se queremos falar de controle e legitimação da atividade jurisdicional é preciso ir além. [...]. É essa atividade que merece ser observada e

⁴⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. p. 161.

⁵⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. p. 163.

⁵⁰¹ “Si tratta cioè di individuare i criteri ai quali far capo per determinare, nell’ambito delle decisioni possibili di una controversia, quale di esse può essere considerata relativamente ‘migliore’ delle altre, e quindi giusta”. TARUFFO, Michele. **Idee per una teoria della decisione giusta**. Disponível em: <http://www.notiziariogiuridico.it/micheletaruffo.html>. Acesso em: 01 nov. 2020. Não paginado.

⁵⁰² JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v.07, n. 02, p. 510, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/890>. Acesso: 11 out. 2020.

⁵⁰³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v.07, n. 02, p. 510, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/890>. Acesso: 11 out. 2020.

cuidadosamente estudada se quisermos perquirir acerca do controle da atividade jurisdicional, sobretudo no que diz especificamente com a atividade criativa dos juízes.

No mesmo sentido, segundo Costa Neto,⁵⁰⁴ não é incomum que os resultados das interpretações de enunciados normativos sejam diversificados, pois estão atrelados ao modelo eleito pelo julgador, “[...] de modo que a defesa de determinado método como o correto depende de uma prévia escolha de qual a interpretação entende-se por adequada”. De outra parte, Tavares⁵⁰⁵ analisa que as teorias tradicionais “[...] da Justiça Constitucional estaria a preferir travar esse debate em termos de qual interpretação é mais adequada para o texto, ou seja, em termos de concorrência entre diversas teorias da interpretação”, principalmente, “[...] quando invocada a partir da ideia dos direitos fundamentais”.⁵⁰⁶ Apesar disto, “[...] uma restrição que se funda na escolha de um método hermenêutico não é uma restrição adequada porque, a rigor, os juízes não estão vinculados à utilização deste ou daquele método”.⁵⁰⁷ Para Cruz:⁵⁰⁸

[...] seria correto dizer que não há método para se indagar sobre a 'resposta correta'? Tanto o 'sim' quanto o 'não' cabem como resposta aqui. Se a questão trata o 'método' como um caminho sequencial, previamente concebido, típico da Filosofia da Consciência, pela qual o sujeito molda o mundo ao conhecê-lo, certamente não há método, tal qual bem coloca Hans-Georg Gadamer. Nessas condições, o método passa a ser um modo de referendar uma decisão previamente tomada, uma mera justificativa do decisionismo do intérprete.

Nesta senda, Posner⁵⁰⁹ expõe que, ao longo do tempo, inúmeras teorias/métodos – de modo especial as que envolvem matéria constitucional –

⁵⁰⁴ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial**: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional. São Paulo: Leud, 2017. p. 91.

⁵⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

⁵⁰⁶ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

⁵⁰⁷ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v.07, n. 02, p. 518, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/890>. Acesso: 11 out. 2020.

⁵⁰⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 232.

⁵⁰⁹ POSNER, Richard Allen. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, University of Chicago Law School, v. 100. n. 3. p. 519-556, June 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em: 07 nov. 2020.

buscaram justificar os posicionamentos jurisdicionais ativistas⁵¹⁰ ou de autocontenção⁵¹¹ – tais como o originalismo, o textualismo, a *living Constitution*, dentre tantos outros. No entanto, nenhuma destas mostraram-se suficientemente pertinente para interpretação das situações em concreto.

O que se percebe é que “[...] essas teorias aproximam-se fortemente dos métodos hermenêuticos desenvolvidos pela doutrina alemã e europeia, nenhum deles, contudo é capaz de oferecer soluções adequadas”.⁵¹² Por conseguinte, para o pensador, o maior obstáculo enfrentado está no fato de que “nenhuma teoria principal está disponível para orientar os juízes na execução de seu papel legislador em um caso constitucional, pois não há lógica ou métodos empíricos de escolha de uma teoria constitucional”⁵¹³ (tradução nossa).

Daí que, Posner declara que os tribunais, hoje em dia, estão sobrecarregados de “[...] causas constitucionais difíceis, e só os ingênuos pensam que as decisões dessas causas são predominantemente determinadas por métodos de investigação desinteressados, apolíticos e independentes das tendências do observador”. Neste sentido, a melindrosa atividade de deliberação judicial expressará maior confiabilidade quando justificada – fundamento da decisão – de maneira racional e razoável – mas

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistema sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2016. p. 99-100. Em síntese, Ativismo Judicial “[...] decorre de comportamentos e visões pessoais dos juízes e tribunais. [...], o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do legislador substitui a vontade política” extrapolando, assim, os limites de atuação do poder judiciário.

⁵¹¹ POSNER, Richard Allen. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, University of Chicago Law School, v. 100. n. 3. p. 520-521, June 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em: 07 nov. 2020. The term ‘judicial self-restraint’ is a chameleon. Of the many meanings [...], three are the most serious: (1) judges apply law, they don’t make it [...]; (2) judges defer to a very great extent to decisions by other officials-appellate judges defer to trial judges and administrative agencies, [...]; (3) [...] constitutional restraint [...]. (“O termo ‘autocontenção judicial’ é um camaleão. Dos muitos significados [...], três são os mais graves: (1) os juízes aplicam lei, eles não fazem isso [...]; (2) os juízes submetem-se em grande medida as decisões de outros funcionários [...]; (3) [...] restrição constitucional [...]).

⁵¹² JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v.07, n. 02, p. 520, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/890>. Acesso: 11 out. 2020.

⁵¹³ “No master theories are available to guide judges in performing their lawmaking role in a constitutional case, for there are no logical or empirical methods of choosing one constitutional theory”. POSNER, Richard Allen. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, University of Chicago Law School, v. 100. n. 3. p. 540, June 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em: 07 nov. 2020.

não em termos positivistas. Ou seja, a decisão deve abrigar valores socialmente desejados, aceitos e compatíveis com o contexto atual.

Diante deste cenário, porém, o juiz, na conduta decisória não deve pensá-lo de maneira completamente autônoma e livre de suas atribuições, pois, se assim o fizer, seria ele o dono da verdade, ou o próprio legislador. Ao revés, não é seguro, também, anular toda e qualquer consciência individual e social, visto, que o julgador corre, assim, o risco de se tornar um mero personagem mecanizado e, quiçá, destituído de necessidade na novel realidade jurídico-social. Consoante Grau,⁵¹⁴ a autoridade julgadora, ao decidir, não é livre em sentido literal, mas possui apenas liberdade jurídica, pois, “[...] estará sempre vinculado pelos textos normativos [...]”.

Logo, as reflexões se voltam ao Pragmatismo Jurídico, ou seja, para a abordagem pragmática, orientada para a realização do direito, especialmente nas manifestações jurisdicionais, pois esta assimila os fatos da vida às consequências sociais desejadas e, no caso brasileiro, muitas vezes necessárias à efetividade do Direito. Para tanto, compreender Posner é somente o primeiro passo.

2.7 O pragmatismo cético de Richard Posner

Richard Allen Posner, professor e jurista, nasceu em Nova York, em 1939, formou-se em letras e direito, respectivamente, em Yale (em 1959) e Harvard (em 1962). Começou a ministrar aulas no ano de 1968, em Stanford e, posteriormente, lecionou, também, na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. No ano de 1981 tornou-se juiz do Tribunal de 7ª região da Justiça Federal norte-americana, tribunal do qual foi presidente entre 1993 e 2001. O jurista é autor de inúmeras obras, tais como; Problemas de Filosofia do Direito; Para além do Direito; Análise Econômica do Direito; A economia da Justiça; Direito, Pragmatismo e Democracia, entre outros livros, ensaios e artigos.⁵¹⁵

Posner, em seus escritos, criou uma teoria pragmática de adjudicação jurisdicional denominada “[...] de Direito e Economia (*Law and Economics*) ou de

⁵¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 91.

⁵¹⁵ DAVID, Raphaela Borges. **Entre a abordagem pragmática e o direito como integridade**: um estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-9XQK7E>. Acesso em: 03 nov. 2020.

Análise Econômica do Direito⁵¹⁶ (*Economic Analysis of Law*), de viés cotidiano (e não filosófico) [...]”.⁵¹⁷ Para tanto, inspirou-se em elementos do evolucionismo de Charles Darwin, do realismo jurídico norte-americano, bem como, em teorias do comportamento, na econômica e em outros estudos interdisciplinares, para, assim, demonstrar como são – ou como deveriam ser – as práticas jurídicas cotidianas dos Tribunais dos Estados Unidos da América.⁵¹⁸

Preliminarmente, importa esclarecer que as teses de Posner estão focadas – e foram arquitetadas – na estrutura política e no sistema jurídico norte-americano e, visivelmente, vinculadas ao direito consuetudinário ou jurisprudencial. Isso fica claro quando o autor alega que, “[...] o direito norte-americano realmente é, e deve ser, pragmático, e que pode ser aperfeiçoado por uma maior consciência de sua natureza pragmática”.⁵¹⁹

Quanto ao sistema jurídico norte-americano, para Posner, está inserido numa sociedade marcadamente caracterizada pela mercancia, impetuosidade, rapidez, competição e pelo materialismo, mas, também, é inculta, vulgar e com viés, nitidamente, econômico.⁵²⁰ Logo, “em tal cenário, as capacidades de raciocínio adaptativo assumem preponderância, como a inteligência calcada na astúcia, na trapaça e na fraude inequívoca, sem reflexão ética”,⁵²¹ particularidades que, segundo o autor, são indispensáveis para a atuação em um contexto jurisdicional teatral, retórico e que, muitas vezes, se omite na busca pela verdade.⁵²² Assim, é que

⁵¹⁶ As expressões ‘Direito e Economia’ e ‘Análise Econômica do Direito’ são usualmente utilizadas no Brasil para traduzir ‘*Law and Economics*’. Adotar-se-á nesse trabalho a segunda tradução.

⁵¹⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 228. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵¹⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 228. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵¹⁹ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: *Problems of Philosophy of the Right*. p. 39.

⁵²⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: *Law, Pragmatism, and Democracy*.

⁵²¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 229. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵²² POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. p. 22. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: *Law, Pragmatism, and Democracy*. Para Posner, “o tom pragmático começou a assumir uma forma filosófica com os filósofos pré-socráticos e uma forma demótica na prática da democracia ateniense. [...] Os sofistas, cujo papel, como o dos advogados modernos, era o de persuadir os cidadãos a escolher um lado ou o outro das disputas

“o pragmatismo legal é simpático à concepção sofista e aristotélica de retórica como modo de raciocínio jurídico”,⁵²³ e segue o autor, ainda que muitos desconcordem de sua descrição da realidade, pois, para ele:

As qualidades necessárias num estadista ou outro líder estão mais próximas das de um corretor, vendedor, ator ou empresário do que das de um acadêmico. [...]. Eles são estratégicos e interpessoais – manipuladores, coercitivos psicológicos e até mesmo teatrais. [...]. A ética da responsabilidade política exige uma vontade de se comprometer, de sujar as mãos, adular, lisonjear, iludir e mentir, fazer negociações inescrupulosas de pacote fechado e, assim, abrir mão da autossatisfação altiva que decorre da pureza e devoção consciente aos princípios.⁵²⁴

Diante desse contexto, Posner deixa, igualmente, fluir suas preocupações com estudos jurídicos com enfoque somente acadêmicos – sem alguma função prática –, visto acreditar que a filosofia jurídica deveria centrar forças, também, em reflexões mais reais, sendo assim, útil para resolução de problemas sociais, porém, “[...] nos últimos anos, esses professores, sobretudo nas universidades de maior prestígio, vêm se distanciando cada vez mais do lado prático da profissão”.⁵²⁵ Tal preocupação, para o jurista, justifica-se diante da impossibilidade de se utilizar textos de natureza filosófica “[...] ou consultar os filósofos em busca de soluções para problemas específicos de administração pública. A compartimentação do conhecimento, um traço tão visível do mundo moderno, pode ter condenado a filosofia a irrelevância” prática.⁵²⁶

Portanto, nas palavras do autor,⁵²⁷ “os pragmatistas querem um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais”, sem “[...] rejeitar toda teoria”, mas, evitando “[...] as investigações empíricas de má qualidade”. Logo, o pragmatismo é capaz de auxiliar a entender o cotidiano do

políticas e legais, não estavam interessados em descobrir a verdade. Estavam interessados em escrever recursos persuasivos para a compreensão imperfeita, as opiniões e até os prejuízos, de plateias específicas”.

⁵²³ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 47.

⁵²⁴ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 129-130.

⁵²⁵ POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Tradução de: Frontiers of legal theory. p. 242.

⁵²⁶ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law. p. 470.

⁵²⁷ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law. p. 20.

sistema jurídico, “[...] baseado na descrença da capacidade de análises filosóficas abstratas em trazer soluções justas e objetivas para a prática do direito”.⁵²⁸ Na verdade, os juristas da academia deveriam distanciar-se de verdades inacessíveis, abstratas e calcadas em conceitos subjetivos – como a moral, a justiça, a igualdade – e, objetivamente, abnegarem-se aos estudos de conhecimentos úteis para que os profissionais do direito consigam lidar com o sistema jurídico contemporâneo.

Destaca-se ainda, que Posner defende um conceito de democracia – apoiado nas ideais desenvolvidas pelo economista Schumpeter – pragmática e de cariz cotidiana. Para tanto, apresenta duas versões para do termo, quais sejam:

O primeiro, que chamo de ‘Democracia no Conceito 1’, um termo que pretende denotar as versões mais grandiosas de ‘democracia deliberativa’ [...], pode ser descrito de forma variada como idealista, teórico e com uma visão de cima para baixo. O segundo ‘Democracia no Conceito 2’, uma aproximação à teoria da ‘democracia de elites’ de Joseph Schumpeter, é realista, cínico e com uma visão de baixo para cima.⁵²⁹

Posner entende, com isso, que o primeiro conceito de democracia – deliberativo, idealista e teórico – não tem potencial para ser instrumentalizado, visto, exigir capacidade intelectual e moral incomum dos cidadãos e dos representantes políticos, portanto, uma utopia. Adepto do segundo termo, ou seja, a uma democracia pragmática – elitista, descritiva, realista e normativamente superior e com “[...] força de poder competitiva entre membros de uma elite política [...] para o apoio eleitoral das massas”.⁵³⁰

Nestes termos, esclarece o magistrado, que não é necessário amedrontar-se diante “[...] do pragmatismo ou confundi-lo com cinismo ou desdém pela legalidade ou pela democracia. Seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos, generalidades, crenças e slogans.”⁵³¹ Conquanto, resta claro que o conceito de democracia – Conceito 2 em Posner – é

⁵²⁸ DAVID, Raphaela Borges. **Entre a abordagem pragmática e o direito como integridade**: um estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa. 2014. p. 46. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-9XQK7E>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁵²⁹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 101.

⁵³⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 101.

⁵³¹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 02.

voltado para tomada de ações com bases em consequências reais, com a participação (dentro da medida do possível) da grande maioria da população [...]”.⁵³²

Desta maneira, resta claro que Posner vincula-se ao Pragmatismo Jurídico, mas não a uma pragmática filosófica complexa, mas sim de perspectiva cotidiana – do dia a dia⁵³³ –, sendo assim, relaciona-se, intrinsecamente, com “[...] uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos”.⁵³⁴ Conveniente é destacar aqui, que “[...] as características peculiares do Pragmatismo Jurídico recomendam que seja enquadrada como uma corrente autônoma do Pós-Positivismo, ao lado das propostas precedimentalistas e substancialistas”.⁵³⁵

Com esses apontamentos, nota-se que o Pragmatismo Jurídico de abertura cotidiana desenvolvido pelo autor não possui, necessariamente, compatibilidade com o Pragmatismo Filosófico elaborado por Charles Sanders Pierce, William James, John Dewey e, até mesmo, por Richard Rorty, embora, certamente, reste alguma influência do pensamento desses filósofos. Nesse sentido, o jurista desprende do pragmatismo filosófico o, chamado, comportamento pragmático, ou a simples atitude pragmática, descrito somente pela avidez com abstrações e por embasar os julgamentos e ações em fatos e consequências, ao invés de conceitualismo e generalidades.⁵³⁶

⁵³² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 235. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵³³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 235-36. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020. Explica o autor que “[...] os adjetivos pragmático e prático indicam qualidades diferentes, haja vista que o primeiro se refere a algo vinculado à corrente de pensamento do pragmatismo, a qual é voltada à análise das consequências na tomada de decisões e na efetiva ação (ainda que não de forma puramente utilitarista, segundo o autor em tela), enquanto o segundo termo, de outro lado, diz respeito à funcionalidade de determinada coisa para atingimento de resultados. Assim, as mencionadas duas palavras são geralmente empregadas no mesmo contexto, haja vista que a apreciação das consequências geralmente envolve também a discussão acerca dos meios mais práticos de obtenção de efeitos reais. Porém, a distinção é necessária para compreensão mais precisa da corrente de pensamento pragmática”.

⁵³⁴ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 38.

⁵³⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 235. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵³⁶ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy.

Assim, “Posner, [...], faz um esforço explícito para mostrar que sua concepção de pragmatismo jurídico não é apenas uma aplicação do pragmatismo filosófico ao Direito”,⁵³⁷ conceituando-o como:

‘Pragmatismo’, no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, exigirá uma definição cuidadosa. Mas, por enquanto, é suficiente notar que o trabalho se refere a basear julgamentos (legais ou não) em consequências, ao invés de deduções de premissas à maneira de um silogismo. O pragmatismo tem uma semelhança familiar com o utilitarismo e, em uma sociedade comercial como a nossa, com a economia do bem-estar, mas sem um compromisso com as maneiras específicas pelas quais essas filosofias avaliam as consequências. Na lei, pragmatismo refere-se a basear uma decisão judicial nos efeitos que a decisão provavelmente terá, ao invés de na linguagem de uma estátua ou de um caso, ou mais geralmente em uma regra preexistente.⁵³⁸

Outrossim, importa evidenciar que o Pragmatismo de Posner “[...] não é um suplemento ao formalismo e é, pois, distinto do positivismo de H. L. A. Hart”, diferencia-se, ainda, “[...] do realismo legal quanto dos estudos jurídicos críticos” e, além disso, “[...] é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão”.⁵³⁹ Por conseguinte, o pragmatismo jurídico, sob a ótica de Posner – “[...] que eu chamo de pragmatismo cotidiano”⁵⁴⁰ – é considerado uma corrente de estudo que busca auxiliar os juízes, os advogados e, até mesmo, os legisladores na tomada de suas decisões, buscando sempre a promoção da maximização da riqueza da sociedade.

Para tanto, usa-se de mecanismos úteis e efetivos como auxiliares para que estes – os julgadores – possam ponderar as consequências futuras da prática de seus

⁵³⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria tconstitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 177.

⁵³⁸ ‘Pragmatism’, in the sense in which the word is used in the pragmatic theory of judicial behavior, will require careful definition. But for now it is enough to note that the work refers to basing judgments (legal or otherwise) on consequences, rather than on deduction from premises in the manner of a syllogism. Pragmatism bears a family resemblance to utilitarianism and, in a commercial society like ours, to welfare economics, but without a commitment to the specific ways in which those philosophies evaluate consequences. In law, pragmatism refers to basing a judicial decision on the effects the decision is likely to have, rather than on the language of a statue or of a case, or more generally on a preexisting rule. POSNER, Richard Allen. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 40.

⁵³⁹ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 47.

⁵⁴⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 38.

atos, segundo uma perspectiva empírica, orientada para o futuro e desprovida de ilusões filosóficas quanto à ocorrência dos resultados.⁵⁴¹ Por vez, caracteriza-se o Pragmatismo Jurídico, ainda, por negar o formalismo próprio do juspositivistas,⁵⁴² por defender a utilização do método empírico, e, por serem os pragmatistas antitradicionalistas e voltados para soluções futura.⁵⁴³

Segundo o escritor em análise, ser pragmatista demanda visualizar os problemas de maneira concreta, experimental, despido de ilusões, consciente das limitações humana, das diferenças culturais, da inalcançabilidade da verdade, da necessidade de prever vários caminhos possíveis de investigação, bem como, compreender que esses fatores dependem “[...] da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço”, e não com a finalidade em si mesma.⁵⁴⁴

Outro ponto importante, segundo a proposta em tela, é a inegável relação entre o jurídico e a moral. Para o autor, muitos teóricos acreditam que a moral compõe o direito e, portanto, é aplicada às questões jurídicas contaminando a sua teoria, devido ao seu alto grau de abstração. Nesse particular, segundo Posner,⁵⁴⁵ a procura por leis morais universais é, “aos olhos dos pragmatistas, um empreendimento desesperançado”, tal como, “a ideia de que existe uma ordem moral acessível à inteligência humana, uma ordem atemporal e não local que ofereceria critérios objetivos para [...] estrutura e o funcionamento das instituições jurídicas”⁵⁴⁶ é inautêntica. No mesmo sentido,

Não nego que a filosofia, não na forma da teoria moral, mas de uma análise cuidadosa de questões difíceis, possa ajudar a esclarecer

⁵⁴¹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 141-170, set./dez. 2013. Disponível em: www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/567. Acesso em: 5 jun. 2019.

⁵⁴² POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right.

⁵⁴³ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy.

⁵⁴⁴ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 621-622.

⁵⁴⁵ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 6.

⁵⁴⁶ POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: The Problematics of Moral and Legal Theory. p. 03.

certos conceitos jurídicos, como os de intenção, responsabilidade e – por que não? – causalidade. Mas a ideia de que a filosofia possa ser útil por nos mandar refletir sobre a justiça da imputação de responsabilidade sem prova de nexos causal é sinal de ignorância do terreno em exame e da inanidade – do caráter essencialmente retórico – do uso que Dworkin faz do termo “teoria”.⁵⁴⁷

Neste particular, o pragmatismo jurídico posneriano é desfavorável ao uso de teoria abstratas – “o pragmatismo jurídico de Posner tem aversão às teorias consideradas por ele de ‘abstratas’, em especial a teoria moral, a teoria política e a teoria constitucional”⁵⁴⁸ – como condutoras do processo de tomada de decisão judicial, mas, é receptivo com as teorias de análise prática e, também, científicas – “apesar de Posner não acreditar que as teorias científicas sejam capazes de incorporar verdades científicas sobre o universo, ele não duvida da utilidade das mesmas”.⁵⁴⁹ Por conseguinte,

Um aspecto importante a ser considerado sobre a teoria de Posner diz respeito ao seu ceticismo em relação às teorias morais e constitucionais [...]. A explicação para isso, basicamente, é que Posner não acredita que tais teorias possam apresentar soluções reais para as questões morais. Ao contrário, acredita que elas provocam um dissenso ainda maior no meio jurídico, pois só fazem incitar mais dúvidas. Daí dizer que a posição de Posner é a de um ceticismo moral pragmático.⁵⁵⁰

Consequentemente, Posner identifica sua teoria cotidiana como um método, abordagem ou atitude, mas não como um instrumento moralizante capaz de resolver

⁵⁴⁷ POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: *The Problematics of Moral and Legal Theory*. p. 189.

⁵⁴⁸ FELIPE, Bruno Farage da Costa. **O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial**. 2015. p. 27. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8808. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁵⁴⁹ FELIPE, Bruno Farage da Costa. **O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial**. 2015. p. 28. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8808. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁵⁵⁰ VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 112, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

conflitos morais e abstratos, por tanto, inviável para atingir finalidades pragmáticas.⁵⁵¹ Então, acredita o autor que “[...] o objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas”.⁵⁵² Isso significa, “[...] que o raciocínio pragmático, sendo empiricista, trata como bem vindas as teorias que orientam uma investigação empírica para a adjudicação judicial pragmática.⁵⁵³

Nota-se, então, que Posner desenvolveu, em seus estudos, uma teoria pragmática da decisão judicial, por meio da qual os juízes são considerados agentes políticos “[...] encarregados de adjudicar direitos mediante uma reconstrução imaginativa [...], guiada por uma análise de maximização de riquezas [...] e focada nas consequências para atingimento de um resultado razoável”.⁵⁵⁴ Conforme o escritor, “o importante é que os juízes e outros tomadores de decisões pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas” habituais,⁵⁵⁵ dado que “[...] as consequências nunca são irrelevantes em direito”.⁵⁵⁶ Nessa sequência,

[...] um juiz pragmatista cotidiano, por exemplo, quer saber o que está em jogo, num sentido prático, ao tomar uma ou outra decisão num caso. Isso não quer dizer, como detratores do pragmatismo legal como Ronald Dworkin afirmam, que um juiz desse tipo só está preocupado com as consequências imediatas e o curto prazo. O juiz pragmático não nega as virtudes das normas jurídicas padrão de generalidade, previsibilidade e imparcialidade, que, em geral, favorecem uma abordagem oposta a mudanças para novas controvérsias legais. Ele se recusa a reificar ou sacralizar essas virtudes. Ousa compará-las às

⁵⁵¹ POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: The Problematics of Moral and Legal Theory.

⁵⁵² POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 520.

⁵⁵³ FELIPE, Bruno Farage da Costa. **O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial**. 2015. p. 29. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8808. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁵⁵⁴ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 156, set./dez. 2013. Disponível em: www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/567. Acesso em: 5 jun. 2019.

⁵⁵⁵ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 42.

⁵⁵⁶ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 199.

virtudes adaptativas de decisão do caso em questão, de forma a produzir as melhores consequências para as partes e a outras partes circunstanciadas da mesma forma. É impaciente com abstrações como "justiça" e "imparcialidade", com *slogans* como "autogoverno" e "democracia" e com a retórica pretensiosa de absolutos – a menos que fique convencido que essas bandeiras têm valor social prático.⁵⁵⁷

Porém, o juiz não deve voltar-se somente para o futuro, desprezando tradições jurídicas anteriormente concebidas, bem como os mandamentos legais e constitucionais, pois são elementos históricos relevantes para a tomada de decisões presentes e futuras. Todavia, o julgador deve sempre tentar transcender a elementos já normatizados e que não atendam finalidades sociais e econômicas da coletividade, pois ao realizar tal transposição torna possível que o ordenamento jurídico se adapte à realidade. Em Posner,⁵⁵⁸

[...] o pragmatista valoriza a continuidade com promulgações e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato um valor social, mas não porque tenha um senso de dever para com o passado, [...] os pragmatistas legais são historicistas, mas no sentido distinto de reconhecimento da proporção em que doutrinas legais particulares podem ser vestígios históricos em vez de verdades atemporais; o deles é um uso crítico da história.

Sendo assim, “[...] o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que ‘todas as coisas’ incluem tanto consequências específicas ao caso quanto sistêmicas, em seu sentido mais amplo [...]”.⁵⁵⁹ Cabe acentuar porém, que no caso do direito legislado e constitucional, jurista utiliza da filosofia da linguagem – especialmente a teoria hermenêutica gadameriana –, para explicar que os preceitos normativos depende, também, das experiências do intérprete e das peculiaridades do contexto e não, somente das propriedades formais e semânticas da construção linguística.

Portanto, segundo Posner, a teoria hermenêutica “coloca o problema, mas não oferece solução”,⁵⁶⁰ ou seja, não apresenta respostas ou elementos capazes de

⁵⁵⁷ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 09.

⁵⁵⁸ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 55.

⁵⁵⁹ Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 10.

⁵⁶⁰ POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 399.

delimitar a discricionariedade do agente aplicador do direito e, como é sabido, “os tribunais desfrutam de uma enorme discricionariedade no que diz respeito às leis e à Constituição; são eles os principais criadores do direito legislado e constitucional”.⁵⁶¹ Nesse caso, “se a decisão jurídica fosse tão transparente e reproduzível como o raciocínio científico, não seria necessário que o sistema apontasse essa desconfiança do juiz no uso de sua discricionariedade”.⁵⁶²

Em verdade, Posner sustenta que uma interpretação e uma aplicação do direito focadas na razoabilidade necessitam de uma aproximação com outros ramos do saber e, destaca, dentre esses ramos, a economia,⁵⁶³ visto que “a estrutura implícita de quase todo raciocínio jurídico é econômica”.⁵⁶⁴ De acordo com ele, “outras disciplinas têm muito com que contribuir para a compreensão e o aperfeiçoamento do direito”⁵⁶⁵ enfatizando, sobremaneira, a economia, dentre outros ramos do conhecimento.

Observa-se, nessa linha, a teoria, agora, pragmática denominada Direito & Economia ou Análise Econômica do Direito,⁵⁶⁶ já mencionada acima, a qual procura elaborar um conceito mais amplo sobre justiça, e que vislumbra tanto justificar o processo racional de tomada de decisões judiciais quanto situá-las em bases objetivas.⁵⁶⁷ À vista disso, em Posner, “o mais importante campo interdisciplinar dos estudos jurídicos é a análise econômica do direito, ou, em sua definição mais comumente conhecida, ‘teoria econômica do direito’”.

Para tanto, a teoria econômica idealizada pelo escritor, em sua vertente descritiva busca, “[...] identificar a lógica e as consequências econômicas das

⁵⁶¹ POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 405.

⁵⁶² DAVID, Raphaela Borges. **Entre a abordagem pragmática e o direito como integridade**: um estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa. 2014. p. 53. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-9XQK7E>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁵⁶³ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 141-170, set./dez. 2013. Disponível em: www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/567. Acesso em: 5 jun. 2019.

⁵⁶⁴ POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 144.

⁵⁶⁵ POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Tradução de: Frontiers of legal theory. p. VIII.

⁵⁶⁶ A teoria do Direito & Economia ou Análise Econômica do Direito será profundamente estudada no Segundo Capítulo desta tese.

⁵⁶⁷ POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right.

doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas”, e, de outra parte, na modalidade normativa, “[...] orienta os juízes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta através do direito”. Desta forma,

O aspecto *teórico* mais ambicioso da abordagem econômica do direito é a proposta de uma teoria econômica unificada do direito, no âmbito da qual se considera que a função desta é a de facilitar a operação do livre-mercado e, nas áreas em que os custos das transações mercadológicas são proibitivos, a de ‘mimetizar o mercado’ por meio de determinações, mediante decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações do mercado fossem viáveis. [...]. A segunda tarefa insere-se num contexto em que os custos de transação são proibitivos e consiste na tentativa de produzir o esquema de alocação de recursos que teria existido se os custos de transação fossem nulos, pois este é o esquema de alocação mais eficiente (grifo do autor).

Destarte, no sentido concebido por Posner, “[...] o pragmatismo jurídico [é] como [uma] teoria do comportamento da decisão judicial, aliados, certamente, a outros fatores importantes como a experiência, eficiência e a realidade social”.⁵⁶⁸ A decisão judicial, por seu turno, é uma “[...] reconstrução imaginativa, guiada por uma análise de parâmetros econômicos e focada nas consequências para atingimento de um resultado razoável”.⁵⁶⁹

No entanto, afirma o professor de Chicago, que para atingir tão grande propósito “[...] não existe um método de raciocínio jurídico diferente daquele que cotidianamente as pessoas empregam para tomada de decisões”⁵⁷⁰ sustentando, ainda, que esse raciocínio jurídico é a melhor “[...] forma de transpor as barreiras do pensamento irracional para que ao final o Juiz possa divisar (racionalmente) o “melhor” direito para a coletividade, valorando ainda as consequências dos casos a

⁵⁶⁸ PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 285.

⁵⁶⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 246. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵⁷⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 246. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

serem decididos”⁵⁷¹ e, dessa maneira, satisfazer o bem estar geral. Para tanto, Posner desenvolveu, inclusive, etapas ilustrativas para retratar como os juízes decidem – ou deveriam decidir – os *hard cases* (os casos difíceis), assim:

O primeiro passo para se decidir um caso concorrencial difícil, um caso não controlado por precedentes ou, em outros aspectos, não suscetível a um julgamento seguro em primeira instância, consiste em extrair [...], da história e dos textos legislativos relevantes, das características institucionais dos tribunais e do poder legislativo e, na falta de uma diretriz definitiva procedente dessas fontes, também de uma concepção social, um conceito geral de direito concorrencial que sirva de guia para a decisão. Atualmente, um popular candidato a tal conceito é a maximização da riqueza, ainda que se trate, como nem é preciso dizer, de uma opção contestável. Tendo feito essa opção [...], o juiz quererá então examinar os precedentes relevantes e outras fontes de informação que possam ajudar a decidir o caso em pauta. Esse é o segundo passo. O terceiro passo é um juízo sobre políticas públicas [...] que decida o caso de acordo com os princípios da maximização da riqueza. O quarto passo retorna aos precedentes, mas estes agora são vistos como autoridades, e não como simples dados; o juiz vai querer certificar-se de que o juízo sobre políticas públicas feito no terceiro passo não é anulado por nenhum precedente vinculante.⁵⁷²

De tudo que foi dito até aqui, observa-se que a proposta pós-positivista de Posner não expõe “[...] critérios adicionais para limitar a discricionariedade decisória dos juízes”.⁵⁷³ Por tanto, alega o autor que, “para conferir regularidade e previsibilidade ao processo, o poder legislativo cria regras que serão aplicadas pelos juízes, e estes criam suas próprias regras para preencher as lacunas [...] do produto legislativo[...]”.⁵⁷⁴ Ou Melhor, “a abordagem pragmática permite ao juiz arrombar a área fechada, apesar de com cuidado, mediante um exame minucioso das consequências de fazer isto, de, de certa forma, desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato”.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 285.

⁵⁷² POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 178-179.

⁵⁷³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 247. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵⁷⁴ POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 312.

⁵⁷⁵ Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 63.

Na sequência, o escritor⁵⁷⁶ admite a importância da continuidade e da estabilidade da legislação, visto que, garantem segurança jurídica e os interesses das pessoas, mas, adverte que estes elementos não podem ir além da adaptabilidade da lei as mudanças ocorridas na sociedade, pois, isso é que corroboraria “[...] para elaborar normas jurídicas sólidas e decisões sensíveis às circunstâncias particulares do caso individual”. Nesse sentido, conforme se verifica, quando “[...] uma lei ou um precedente revelam-se obsoletos e inaplicáveis a um caso atual”,⁵⁷⁷ ou seja, não mais atendem os anseios dos indivíduos “[...] não deverão mais ser considerados como parâmetros no momento de tomada de decisão, devendo a convicção pessoal dos juízes ser levada em consideração, se for preciso, de acordo com sua experiência”.⁵⁷⁸

Assim, “[...] o modelo teórico do autor em nada contribui para reduzir a margem de discricionariedade dos órgãos julgadores, salvo a apresentação da linha mestra da maximização de riquezas como critério decisório uniforme”.⁵⁷⁹ No mesmo sentido, para Demoulis,⁵⁸⁰ “o pragmatismo de Posner não leva a sério os imperativos contidos nas proposições normativas, sendo adepto de uma flexibilização a critério do aplicador”. Nesse enfoque, “[...] o juiz pragmático não se prende às convenções jurídicas; ele as considera como parâmetros, mas se não forem adequadas para o presente e o futuro, ele pode deixá-las de lado e tomar a decisão que tenha as melhores consequências.”⁵⁸¹

Nessa continuidade, adverte o pragmatista que a tão desejada objetividade no direito, ainda, não revelou uma saída convincente e duradoura que possibilitará que “[...] os juízes decidam os casos mais complicados em bases mais sólidas,

⁵⁷⁶ Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy. p. 89.

⁵⁷⁷ VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 106, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁵⁷⁸ VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 103-132, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁵⁷⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. p. 248. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas, Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁵⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídicopolítico. São Paulo: Método, 2006. p. 160.

⁵⁸¹ VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes, Canoas**, v. 5, n. 1, p. 110, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

‘profissionais’ e imperativas, e menos subjetivas, ‘políticas’ e [...] idiossincráticas do que seus valores pessoais e suas preferências éticas relativas a políticas públicas”.⁵⁸² Com base nisso, segundo Posner, nem a epistemologia e nem a ontologia foram capazes de salvaguardar a “[...] objetividade e a autonomia do direito, tampouco o fará a hermenêutica. Nem a teoria interpretativa em geral, nem a rica literatura sobre a interpretação jurídica [...] irão subscrever as interpretações objetivas do *common law*, das leis ou da Constituição”.⁵⁸³

Convém observar também que, de acordo com Posner, ao longo dos anos, inúmeras foram as tentativas teóricas e metodológicas que buscaram, cada uma a sua maneira, justificar a atividade criativa do poder judiciário, “mas nenhuma delas oferece soluções adequadas para a interpretação da constituição”,⁵⁸⁴ bem como, de legislações infra. Segundo ele, “não existe um método objetivo para combinar o que os criadores estavam avançando com problemas modernos dos quais não podiam ter noção”⁵⁸⁵ (tradução nossa). Porém, o juiz, de fato, deve decidir mesmo diante de um caso indeterminado, ao menos na ótica do raciocínio jurídico convencional, pois, não podem simplesmente alegar que: “Não posso decidir este caso porque não sei qual é a resposta certa para a questão apresentada por ele. Eles têm que decidir, usando todas as ferramentas disponíveis”⁵⁸⁶ (tradução nossa).

Portanto, como foi dito até aqui, Posner vê como saída o pragmatismo jurídico – para ele cotidiano – “[...] definindo-o como o método decisório que dá maior ênfase às consequências da decisão judicial que à doutrina jurídica”. Nos dizeres de Posner, juízes que não acreditam que o “[...] algoritmo legalista decidirá todos os casos são o

⁵⁸² POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: *Problems of Philosophy of the Right*. p. 419.

⁵⁸³ POSNER, Richard Allan. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: *Problems of Philosophy of the Right*. p. 611.

⁵⁸⁴ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 118.

⁵⁸⁵ “There is no objective method for matching up what the framers were driving at with modern problems of which they could have had no inkling”. POSNER, Richard Allen. *The rise and fall of judicial self-restraint*. *California Law Review*, University of Chicago Law School, v. 100. n. 3. p. 539, June 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em: 07 nov. 2020.

⁵⁸⁶ “I can't decide this case because I don't know what the right answer to the question presented by it is.” They have to decide it, using whatever tools are at hand”. POSNER, Richard Allen. *The rise and fall of judicial self-restraint*. **California Law Review**, University of Chicago Law School, v. 100. n. 3. p. 539, June 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em: 07 nov. 2020.

que chamo de ‘pragmáticos’, [...] em o sentido de uma abordagem para a tomada de decisão que enfatiza as consequências sobre a doutrina”.⁵⁸⁷ Para tanto, segundo Jorge Neto,⁵⁸⁸ o jurista em estudo desenvolve oito princípios gerais que, resumidamente, apresentam o seu pragmatismo cotidiano, assim:

1. O dever de decidir é o dever primário do juiz. O juiz não pode se recusar a decidir um caso somente porque não há guia em um texto legal;
2. O Direito não está limitado ao corpo das fontes ortodoxas, então a função jurisdicional não pode estar limitada a decidir os casos de acordo com tais fontes;
3. Nos casos em que as fontes ortodoxas não oferecem uma resposta para a questão jurídica em discussão, ou quando a resposta oferecida é insatisfatória, o juiz exerce o papel de legislador: cria Direito que decide o caso e regula casos futuros similares;
4. Nenhuma teoria constitucional (método de interpretação) está disponível para guiar os juízes em seu papel de criar Direito porque não há nenhum método lógico ou empírico que permita escolher uma teoria constitucional (método de interpretação) ao invés das outras. Na ausência de tais teorias, os juízes deveriam se guiar pelas consequências de suas decisões para as partes do caso, para as pessoas em situação similar e para o sistema como um todo;
5. O pragmatismo deve levar em conta não apenas as consequências das decisões para as partes, mas também os efeitos em valores tais quais continuidade, previsibilidade e estabilidade das normas legais e decisões;
6. Caso os juízes não saibam as consequências de suas decisões serão necessárias regras subsidiárias para lidar com a incerteza. Nesse caso, Posner tem como alternativa secundária o self-restraint tal qual defendido por Thayer.
7. O juiz deve tratar as partes do caso como partes representantes de todas as demais pessoas na mesma situação, devendo ignorar seu status social, méritos pessoais e influência política.
8. A decisão judicial deve trazer os fundamentos verdadeiros da escolha feita pelos juízes. Isso para prevenir que os juízes fundamentem suas decisões em consequências que a sociedade não aceita como legítimos fundamentos para a decisão.

Em razão disso, Posner declara que “quando os juízes tentam tomar a decisão que produzirá os ‘melhores resultados’, mas não dispõem de nenhum conjunto

⁵⁸⁷ “Judges 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”. POSNER, Richard Allen. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, University of Chicago Law School, v. 100. n. 3. p. 539, June 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em: 07 nov. 2020.

⁵⁸⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 118. p. 119-120.

organizado de conhecimento ao qual possam recorrer, são obrigados a confiar em suas intuições”.⁵⁸⁹ Não obstante, o juiz pragmático, ao inovar no caso concreto, deve ter cautela, visando a solução mais adequada ao maior número de pessoas possível assemelhando-se, com isso, ao utilitarismo,⁵⁹⁰ visto que, leva em consideração, também, as consequências das ações das autoridades públicas.⁵⁹¹

Assim, o juiz pragmático – na exposição de suas ideias – se utiliza de mecanismos exatos (o silogismo, a lógica, a investigação científica) e, igualmente, da razão empírica como ferramentas metodológicas para dar sentido e alcançar seus propósitos, isto é, para aproximar-se da objetividade ou chegar perto da realidade dos fatos. Ou melhor, os julgadores quando decidem – principalmente em questões controversas ou difíceis, como diria Dworkin – criam verdadeiras políticas públicas voltadas a coletividade, fundamentando os fins pelos meios demonstrados – moral, princípios e direito natural –, almejando a máxima eficiência, racionalizando os custos/benefícios e maximizando a riqueza de maneira racional para garantir os direitos fundamentais da sociedade.⁵⁹²

Em síntese conclusiva desse capítulo, contemplou-se que inúmeras foram as mudanças no paradigma das decisões judiciais ao longo dos séculos, algumas, inclusive, para além da hermenêutica, outras, igualmente, mostram-se pertinentes, necessárias e, porque não, muitas vezes arbitrárias. No entanto, a prática jurídica atual, ainda, vaga em busca da solução derradeira sobre os limites da atuação do juiz, além de discutir, incessantemente, acerca da crescente judicialização da política e das relações sociais, realidade comum em democracias contemporâneas.

⁵⁸⁹ POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: *The Problematics of Moral and Legal Theory*. p. 405.

⁵⁹⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varrialle; Gaetano Lo Mônoca, João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. Tradução de: *Dizionario di política*. v. I. Segundo o filósofo, “o termo Utilitarismo não é um termo de significado unívoco e preciso. Usado inicialmente por J. Bentham e por S. J. Mill para denotar o próprio sistema de ética normativa, e adotado para toda concepção ético-política dos dois pensadores ingleses e dos seus discípulos, o termo, ao longo do tempo, assumiu uma notável variedade de significados e hoje é usado para designar toda uma série de doutrinas ou teorias, seja de natureza fatural, seja de caráter normativo [...]”.

⁵⁹¹ VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 103-132, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁵⁹² DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2016.

Nesse contexto, muitos juízes atuam – diante da insuficiência, não obrigatoriedade ou, até, da ausência de método ou teoria da Decisão Judicial –, simplesmente, amparado por convicções, pessoais, políticas, culturais ou morais, ou mesmo, analisando a decisão mais eficiente para as partes, não em prol dos interesses e desenvolvimento da sociedade. Aqui, o pragmatismo jurídico exerce, então, papel preponderante. Ou seja, para o pragmatista, melhor decisão, é aquela que melhor se adequar “[...] às necessidades humanas e sociais. Um juiz pragmatista é um juiz preocupado em intervir na realidade social – criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas”. Destarte, “ele não se encontra fechado dentro do sistema jurídico”.⁵⁹³

Nesse contexto, é importante frisar que da ligação existente entre o julgamento e a justiça “[...] faz supor que há uma imprecisão, até mesmo uma inadequação do juízo crítico às exigências conceituais que se manifestam na analogia entre o ético e o jurídico, o que se torna um dos problemas fundamentais do pensamento contemporâneo”.⁵⁹⁴ Assim, “[...] a distinção entre aplicar as leis [...] e fazer justiça [...] em nosso tempo – hoje, aqui e agora – o legal e o justo, o Direito e a Justiça não se superpõem”,⁵⁹⁵ pois, conforme Atienza,⁵⁹⁶ o que define o melhor jurista “[...] talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade”.

Como diria Streck,⁵⁹⁷ eis o grande dilema da metodologia jurídica contemporânea, qual seja, “[...] como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem o juiz ou tribunal [...] para proferir as respostas aos casos em julgamento”.⁵⁹⁸ Então, no intuito de identificar o melhor fundamento para a decisão

⁵⁹³ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019. Não paginado.

⁵⁹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 290.

⁵⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 166.

⁵⁹⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy. Tradução de Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica. p. 17.

⁵⁹⁷ Ainda que as indagações do jurista Lenio Luiz Streck no que tange a Teoria da Decisão Judicial sejam as mesmas que norteiam esta tese, vale esclarecer que, o ilustre professor encontrou suas respostas na Teoria Crítica Hermenêutica do Direito e, não, em uma correlata ao Pragmatismo Jurídico, como é a Análise Jurídica da Economia, pretensão desse estudo. Nesse sentido, o autor em suas obras, tece acintosa crítica aos vários matizes pragmáticos, visto que, em seu entendimento, não fornecem resposta adequada dentro de uma teoria da decisão.

⁵⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 416.

judicial, a investigação tratará, a partir de agora, da Análise Econômica do Direito, agora, uma abordagem pragmática. Direção que, neste momento, é tomada.

3 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em tempos de globalização, como o vivenciado na atualidade, profundas mudanças políticas, jurídicas, culturais e econômicas afetam, sobremaneira, a estrutura e o modo de vida em sociedade. Assim, é certo que nas ciências sociais transformações também aconteceram, as quais revolucionaram profundamente o pensamento humano, especialmente, a tradicional ideologia do Direito.

Destarte, considera-se o direito, na contemporaneidade, como uma ciência interdisciplinar, pois na realização de seu propósito social necessita, não raramente, do auxílio de outras áreas, que também analisam o comportamento das pessoas em sociedade. Entre estas, destaca-se a economia, a qual, assim como o direito, cuida da investigação do comportamento humano, principalmente em relação à alocação de recursos sociais considerados escassos.

Neste sentido, pressupostos até então restritos à racionalidade econômica adentram à realidade jurídica e passam a inspirar o pensamento e a postura dos julgadores no processo de tomada de decisão judicial, de modo a influenciar a concretização de muitos direitos, entre eles o direito ao desenvolvimento, o qual ainda não se encontra incluído expressamente no rol de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), porém, reconhecidamente pertence ao sistema de direitos atribuídos à pessoa humana.⁵⁹⁹

Neste cenário, é notório que o Direito e a Economia, não obstante sejam considerados ciências distintas, se entrelaçam continuamente, pois, no mundo globalizado contemporâneo, é impossível imaginar uma sociedade onde o direito e a economia não possuam papéis preponderantes na sua organização. Assim, o direito influencia a economia e a economia exerce papel na aplicação e na criação do direito.

Então, sob o manto do pragmatismo, foi Richard Allen Posner quem impulsionou o método, que atualmente prefere denominar de Análise Econômica do Direito – AED – também chamado de Direito e Economia (*Law & Economics*). Explica-se que a AED, nas palavras de Posner,⁶⁰⁰ é “a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-las em bases objetivas”.

⁵⁹⁹ O direito ao desenvolvimento será, amplamente, discutido no próximo Capítulo desta tese.

⁶⁰⁰ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 16.

Portanto, ao unir postulados de ciências distintas, a AED se baseia na aplicação de princípios econômicos às instituições jurídicas, com vistas a compreender e corrigir os fenômenos jurídicos, com argumentos econômicos, de modo a tornar, assim, as decisões judiciais mais eficientes, sempre com o objetivo de maximizar a riqueza social – ou eficiência, como preferem alguns. Com isto, a atividade decisória estaria permeada por uma análise constante de custos-benefícios, ou seja, riscos, externalidades e escassez de recursos, em prol da potencialização da riqueza econômica.

Na realidade, a AED se propõe a colocar o direito – e as decisões judiciais – no caminho de uma maior racionalidade econômica, de maneira que as escolhas realizadas sejam mais fundamentadas e de comprovação prática, condição que, antecipadamente, é capaz de prever as consequências sociais e chegar à melhor decisão a ser tomada, em benefício não só dos agentes envolvidos, mas de toda coletividade – de forma a maximizar a riqueza social. Isto é, a racionalidade típica do sistema econômico é empregada no direito, para auxiliar, em especial os aplicadores do direito, a fim de, assim, alcançar resultados mais justos, ou seja, eficientes.

Desta feita, o capítulo que segue tem como propósito estudar, de maneira mais intensa, a Análise Econômica do Direito – especialmente em sua abordagem descritiva – no intuito de compreender os efeitos de tal teoria – e de seus fundamentos – no comportamento dos agentes econômicos, aqui os julgadores, bem como, nas decisões judiciais, a fim de, desta forma, deduzir pelo seu principal critério, qual seja, a maximização dos lucros. Para garantir a dignidade da pessoa humana – e o desenvolvimento das pessoas –, melhor seria uma alteração de paradigma, o que, ao final, revelar-se-á por meio de uma verdadeira Análise Jurídica da Economia. Para tanto, o ponto de partida consiste, ainda que sucintamente, no contexto de suplantação do positivismo jurídico. Este será o intento da seção seguinte.

3.1 A ruptura paradigmática com o positivismo jurídico

A sociedade contemporânea e, com ela, o pensamento jurídico, sobretudo em meados do século XX, viram-se diante de um implacável momento de transformação. Isto porque, principalmente no período pós-guerra, a emblemática figura do Estado moderno não mais conseguia atender aos anseios e necessidades dos indivíduos, tampouco garantir seus direitos, bem como, era responsável por manter à margem do

sistema social grande parcela da população, situações que, por vez, se mantinham e eram beneficiadas pelas raízes, a muito implantadas, do positivismo jurídico.

Filosoficamente, a abordagem positivista foi, em síntese, uma corrente de pensamento que “[...] assentava-se na ideia de que a ciência é o nosso único meio de construção do conhecimento verdadeiro, ou seja, pregava uma espécie de primazia da ciência em detrimento de outras formas do conhecimento humano”.⁶⁰¹ Logo, adota como paradigma o processo de conhecimento científico típico das ciências naturais, de modo a rejeitar a metafísica e associar-se à razão das experiências concretas e dos fenômenos observáveis, visto que, “[...] para o qual só há fatos”, como diria Streck.⁶⁰²

Juridicamente, como estudou-se no capítulo anterior, o positivismo caracterizou-se pela preponderância de codificações e, com isto, estabeleceu nas leis a máxima do direito, ao crer que, por consequência, solucionariam todas as problemáticas tradicionais pelas descrições contidas nos códigos elaborados por homens. Segundo, Freitas Filho, o positivismo jurídico surge como resultado da “[...] necessidade político-social, respondendo com a rigidez e a formalidade lógica à necessidade de regular uma sociedade que apresentará novos fatos e problemas que não mais se inserem adequadamente no paradigma” do jusnaturalismo.⁶⁰³ Nesta linha:

A estratégia adotada foi a incorporação de uma perspectiva formalista segundo a qual o direito seria (a) o resultado de uma ação volitiva humana; (b) seu conteúdo independeria da moral ou de outros campos do conhecimento e, por isso, (c) seria um sistema lógico fechado e coerente de regras da qual a decisão jurídica correta sempre poderia ser inferida lógica e autonomamente do direito posto.⁶⁰⁴

Contudo, após as barbáries perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial – momento histórico em que a maioria das liberdades fundamentais caíram por terras – o juspositivismo foi, ferozmente, atacado por muitos teóricos, pois, viram no modelo

⁶⁰¹ BRANDÃO, Ana Rute Pinto. A postura do positivismo com relação às ciências humanas. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia**, Pouso Alegre, v. 03, n. 06, p. 80-105, 2011. Disponível em: https://www.theoria.com.br/?page_id=5. Acesso em: https://www.theoria.com.br/?page_id=5 22 nov. 2020.

⁶⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 159.

⁶⁰³ FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2013. p. 58.

⁶⁰⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 11, jan./jun. 2010.

formalista de direito um aliado contumaz, o qual pode, em virtude de sua neutralidade e ceticismos moral, ser condescendente com as atrocidades cometida nesse período.⁶⁰⁵ Então, propagaram-se na comunidade jurídica críticas e inquietações sobre o conceito positivista de direito, bem como, seu papel perante a sociedade.

Destarte, defronte a tal cenário, muitos juristas, dentre eles os brasileiros, passaram a declarar, em especial em meados do século XX, que o positivismo jurídico havia, politicamente, fracassado, dado que, diante do processo de redemocratização e de constitucionalização dos Estados – principalmente na Europa – esta corrente apresentou-se, até certo ponto, inábil.⁶⁰⁶ Para Faralli, foi neste momento que houve um retorno do debate jusfilosófico dos valores ético-político. Assim, a crise do positivismo jurídico, favoreceu “a aplicação dessa renovada perspectiva ético-política às constituições democráticas produziu efeitos fecundos”.⁶⁰⁷

Logo, todas “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece[ra]m problemas e soluções modelares para uma comunidade [...]”⁶⁰⁸ – nesse caso a comunidade jurídica – apresentou-se, profundamente, desqualificado para impedir as mazelas praticadas contra um número inimaginável de pessoas,⁶⁰⁹ dado que se aplicou, exageradamente, um método formal ao direito. À vista disto, o que era mecanismo de legitimação e concretização de

⁶⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídicopolítico. São Paulo: Método, 2006.

⁶⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁶⁰⁷ FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. Tradução Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de: La filosofia del diritto contemporanea. p. X.

⁶⁰⁸ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. Tradução de: The Structure of Scientific Revolutions. p. 13.

⁶⁰⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 100-101. Para o escritor, “se se quer descrever a história dos direitos fundamentais e do homem do século 20 na Alemanha com uma curva, então se pode, no ano de 1900, iniciar com um nível relativamente baixo, mas não não-observável, que até a primeira guerra mundial suavemente sobe. De 1919 até 1933 deveria ser apontado um bater para e para cá vibrante, com grandes oscilações para cima e para baixo e, no total, com leve subir. Em 1933 a curva cai abruptamente para baixo, para lá desaparecer completamente. Depois de 1945, ela deixa ver-se outra vez para, desde 1949, um pouco lenta, mas continuamente e com poucas oscilações relativamente reduzidas, subir até ao final do século a um nível realmente alto.”

direitos, “[...] apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais”⁶¹⁰ e, agora, clama pela validade das normas em seu aspecto, também, quanto ao conteúdo.

Conforme discutiu-se anteriormente, o positivismo jurídico – em suas diversas manifestações – tornou-se insatisfatório e limitado aos olhos da teoria do direito – e da decisão judicial – o que gerou protestos pela superação deste paradigma. Conquanto, os pressupostos juspositivos que, outrora, representaram avanço e racionalidade ao pensamento jurídico e encontraram terreno fértil no ambiente da modernidade, para desenvolver-se, na atualidade consistem, nada mais que, num desafio a ser sobrepujado pela epistemologia jurídica.

Deste modo, a transição do paradigma em crise mostrou-se irreversível o que, para Kuhn,⁶¹¹ é “[...] uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações”.

Sendo assim, “[...] rompe-se com os limites da razão moderna para congregar valores e vivências pessoais”⁶¹² e admite-se que o fenômeno científico – aqui o do direito –, por ser dinâmico, é, deste modo, uma construção social. Portanto, mediante um episódio que evolucione a ciência, é possível revelar-se que nenhuma verdade é, objetivamente, universal – tal como o positivismo jurídico –, mas, uma ocorrência das revoluções que acontecem nas ciências de tempos em tempos.⁶¹³

Para Kuhn,⁶¹⁴ as evoluções científicas assinalavam-se por transformações paradigmáticas, ou seja, em tempos normais o paradigma – “[...] visão de mundo expressa numa teoria”⁶¹⁵ –, ampararia os “[...] cientistas na resolução de seus

⁶¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 348-349.

⁶¹¹ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. Tradução de: The Structure of Scientific Revolutions. p. 116.

⁶¹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. p. 79. Tese (Doutorado em direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁶¹³ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. Tradução de: The Structure of Scientific Revolutions.

⁶¹⁴ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. Tradução de: The Structure of Scientific Revolutions.

⁶¹⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. p. 78.

problemas, sendo, posteriormente, substituído por outro paradigma, quando pendentes questões não devidamente respondidas pelo modelo científico anterior”.⁶¹⁶ Em razão disto, sobretudo nos momentos de crises “[...] os cientistas se voltam para a análise filosófica como um meio para resolver as charadas de sua área de estudos. Em geral os cientistas não precisaram ou mesmo desejaram ser filósofos”.⁶¹⁷

Precisamente, diante deste contexto, desponta o – já caracterizado em linhas volvidas – Pós-Positivismo jurídico. Modelo teórico que “circunscreve a peculiaridade fundamental da estrutura normativa, diante de cujo pano de fundo devemos ver o trabalho prático da metódica jurídica”⁶¹⁸ e, cuja organização, estrutura e efeitos são “[...] ainda mais insidiosos numa época em que a lei positivada muda vertiginosamente ao ritmo das radicais transformações – tecnológicas, mas também políticas, econômicas, morais, culturais – do mundo da pós-modernidade”.⁶¹⁹ Segundo Cárcova,⁶²⁰ as teorias jurídicas pós-positivistas refletem:

[...] à crise dos modelos paradigmáticos da teoria jurídica e a imersão, a partir, aproximadamente, dos anos 70, de correntes de pensamento alternativo que, numa ou noutra direção, procuram restabelecer o nexos entre direito e outros discursos sociais: o da política, o da ética, o da economia, o da comunicação social.

Em outras palavras, o pós-positivismo é uma denominação temporária e abrangente de um ideal, até agora, impreciso, em que se incorporam e relacionam

Tese (Doutorado em direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁶¹⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. p. 78. Tese (Doutorado em direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁶¹⁷ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. Tradução de: The Structure of Scientific Revolutions. p. 119.

⁶¹⁸ MÜLLER, Friedrich Müller. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. Tradução de: Die juristische Methode im Staatsrecht. p. 42.

⁶¹⁹ CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramente, 2016. Tradução de: Las teorías jurídicas post positivistas. p. 23.

⁶²⁰ CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramente, 2016. Tradução de: Las teorías jurídicas pos positivistas. p. 143.

valores, princípios, regras, assim como, a teoria dos direitos fundamentais, definições estas que estão edificadas sob o pilar da dignidade humana.⁶²¹

Para Barroso,⁶²² “a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” Assevera Streck,⁶²³ também, que este novo delineamento paradigmático influenciaria, similarmente, a própria estrutura do Estado contemporâneo, visto que, pelo Estado Democrático de Direito “[...] agregar o conjunto de conquistas da modernidade, nas três dimensões que possuem os direitos fundamentais, constitui, na revolução paradigmática proporcionada pelo novo constitucionalismo” pós segunda guerra, um apropriado *plus* normativo.

Conquanto, observa-se que os reflexos do pós-positivismo jurídico atingiram as mais variadas áreas da ciência jurídica, de forma que revelou outras expectativas para a realização do direito. Para os fins da presente pesquisa, destacar-se-á, porém, que nem toda comunidade envolta pela cientificidade jurígena demonstrou as mesmas reações ao positivismo, bem como, elas não ocorreram ao mesmo tempo e lugar. Assim, “[...] na França [...] entendia que havia um maior espaço de atuação do intérprete [...]; nos EUA, o [...] juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social”.⁶²⁴

Então, na tentativa de encontrar fundamentos operacionais para o conceito de justiça e para a tomada de uma decisão racional, a comunidade jurídica contemporânea, não raramente, ampara-se em teorias filosóficas que procura – cada uma ao seu modo – conceber critérios para alcançar proposições racionais e justas, a exemplo da “[...] postura minimax por detrás do véu da ignorância de John Rawls, a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas, os mandados de otimização de Robert Alexy ou o juiz hercúleo de Dworkin e sua decisão ‘correta’”, entre outras.⁶²⁵

⁶²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶²² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 350.

⁶²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 496.

⁶²⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 12, jan./jun. 2010.

⁶²⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 14-15, jan./jun. 2010.

Inobstante, a prática atual demonstra somente que a vontade corporificada “[...] na lei positivada foi completamente relativizada, sem que emergisse um critério minimamente universal que a substituísse na criação, interpretação e aplicação do direito”.⁶²⁶ Nesta conjectura, começa-se a ponderar e discutir a abordagem da Análise Econômica do Direito e suas contribuições para a percepção dos fenômenos sociais, bem como para o processo de tomada de decisões jurídicas racionais.

3.2 Evolução da Análise Econômica do Direito

A globalização⁶²⁷ e a pós-modernidade são manifestações típicas da realidade sócio-política da contemporaneidade, normalmente identificadas pelo declínio – ou mesmo a superação – da modernidade ou como sobrepujamento de uma época.⁶²⁸ Conquanto, identificou-se, também, que nas sociedades industrializadas uma maneira de “[...] pensar a sua organização, os seus valores e o comportamento humano como sendo uma ruptura com o moderno, embora, eles sejam diferenciados entre si, porque a globalização se refere ao processo econômico como um todo”,⁶²⁹ já o “[...] pós-moderno tem sido referido mais como um paradigma de compreensão da contemporaneidade, antes de ser tematizado, isto é, onde a liberdade da subjetividade está colocada como valor último dos seres humanos”.⁶³⁰

Nesta toada, convém observar que o fenômeno da globalização provocou inúmeras transformações na vida em sociedade. Embora existam correntes que não

⁶²⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 15, jan./jun. 2010.

⁶²⁷ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Tradução de: Le capital au XXI^e siècle. p. 35. Segundo o autor é o “[...] período que com frequência é chamado de ‘primeira’ globalização financeira e comercial, a dos anos 1870 a 1914, época que guarda profundas semelhanças com a ‘segunda’ globalização, em curso desde os anos 1970-1980”.

⁶²⁸ ANGELI, José Mario. Globalização e pós-moderno. **Revista Mediações**, Londrina, v. 1, n. 2, p. 13-20, jul./dez. 1996. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9376/8103>. Acesso em: 03 dez. 2020.

⁶²⁹ ANGELI, José Mario. Globalização e pós-moderno. **Revista Mediações**, Londrina, v. 1, n. 2, p. 13, jul./dez. 1996. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9376/8103>. Acesso em: 03 dez. 2020.

⁶³⁰ ANGELI, José Mario. Globalização e pós-moderno. **Revista Mediações**, Londrina, v. 1, n. 2, p. 13-20, jul./dez. 1996. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9376/8103>. Acesso em: 03 dez. 2020.

a considerem uma novidade⁶³¹, “[...] nosso entendimento parte do princípio de que a globalização é um fenômeno do nosso tempo, uma singularidade originária do capitalismo [...]”,⁶³² que em “[...] tempos atuais demonstram a existência de uma sociedade global, fruto da interconectividade do mundo e da compressão do espaço-tempo”.⁶³³ Segundo Lipovetsky,⁶³⁴ a globalização corresponde a “[...] uma formidável dinâmica, que coincide com a conjunção de fenômenos econômicos [...], inovações tecnológicas [...] e reviravoltas geopolíticas [...]”.

Além disso, a globalização contém aspectos discursivos importantes na forma de narrativas ideologicamente carregadas que colocam diante do público uma agenda particular de tópicos para discussão, perguntas e reivindicações fazer. A existência dessas narrativas mostra que a globalização é não apenas um processo objetivo, mas também uma infinidade de histórias que defini, descreve e analisa esse mesmo processo. As forças sociais por trás dessas contas concorrentes da globalização procuram dotar esta nova palavra da moda com normas, valores e significados que não apenas legitima e promove interesses de poder específicos, mas também molda identidades pessoais e coletivas de bilhões de pessoas⁶³⁵ (tradução nossa).

O conceito de globalização, também, não é homogêneo, embora esteja ligado “[...] a uma nova economia política das relações internacionais. [...], esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados”,⁶³⁶ que eclodiram, especialmente no contexto socioeconômico contemporâneo. Nesta perspectiva, a globalização pressupõe uma

⁶³¹ COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

⁶³² COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 21.

⁶³³ PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. O elã globalizante das corporações transnacionais e o desemprego estrutural em um contexto transnacional. In: PIFFER, Carla; OLIVEIRA NETO, Francisco José R. de; LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**: tomo 04. Itajaí: UNIVALE, 2018. p. 90. *E-book*.

⁶³⁴ LIPOVETSKY, Gilles. O reino da hipercultura: cosmopolitismo e civilização ocidental. In: JUVIN, Hervé; LIPOVETSKY, Gilles **A globalização ocidental**: controvérsia sobre a cultura planetária. Barueri: Manole, 2012. p. 1.

⁶³⁵ “In addition, globalization contains important *discursive* aspects in the form of ideologically charged narratives that put before the public a particular agenda of topics for discussion, questions to ask, and claims to make. The existence of these narratives shows that globalization is not merely an objective process, but also a plethora of stories that define, describe, and analyse that very process. The social forces behind these competing accounts of globalization seek to endow this relatively new buzzword with norms, values, and meanings that not only legitimate and advance specific power interests, but also shape the personal and collective identities of billions of people”. STEGER, Manfred B. **Globalization**: a very short introduction. Oxford University Press, 2003. p. 12-13.

⁶³⁶ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59.

intensificação das relações da sociedade, “[...] na medida em que as modalidades de conexão entre diferentes regiões ou contextos sociais se enredaram através da superfície da Terra como um todo”,⁶³⁷ o que possibilita o desenvolvimento crescente dos processos econômicos, políticos, sociais e culturais mundialmente distantes, sobre aquelas relações de envolvimento local, regional ou nacional. Segundo Steger,⁶³⁸ em sua essência,

[...] a globalização é sobre a mudança das formas de contato humano. Na verdade, a frase popular ‘a globalização está acontecendo’ contém três peças importantes de informação: primeiro, estamos lentamente deixando para trás a condição de modernidade que se desdobra gradativamente a partir do século XVI; segundo, estamos nos movendo em direção à nova condição de (pós-moderno) globalidade; e, terceiro, ainda não o alcançamos. Na verdade, gosto de ‘modernização’ e outros substantivos verbais que terminam no sufixo ‘-ização’, o termo ‘globalização’ sugere uma espécie de dinamismo melhor capturado pela noção de ‘desenvolvimento’ ou ‘desdobramento’ ao longo de padrões discerníveis. Tal desdobramento pode ocorrer de forma rápida ou lenta, mas sempre corresponde à ideia de mudança e, portanto, denota a transformação das condições presentes (tradução nossa).

Para Camargo, a globalização – dita econômica – é a denominação dada ao processo de “[...] homogeneização jurídica das relações travadas em mais de um espaço territorial, tomada em consideração mais especificamente a homogeneização das relações jurídico-econômicas”.⁶³⁹ Porém, Campilongo⁶⁴⁰ afirma que:

A expressão consolidou-se no vocabulário de passagem para o século XXI. [...]. Ao lado de outros termos – por exemplo: neoliberalismo, pós-modernidade, privatização, fim do Estado ou fim da história –, [...].

⁶³⁷ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. Tradução de: *The Consequences of Modernity*. p. 60.

⁶³⁸ “[...] the term globalization should be used to refer to a set of *social processes* that are thought to transform our present social condition into one of globality. At its core, then, globalization is about shifting forms of human contact. Indeed, the popular frase ‘globalization is happening’ contains three important pieces of information: first, we are slowly leaving behind the condition of modernity that gradually unfolded from the 16th century onwards; second, we are moving toward the new condition of (postmodern) globality; and, third, we have not yet reached it. Indeed, like ‘modernization’ and other verbal nouns that end in the suffix ‘-ization’, the term ‘globalization’ suggests a sort of dynamism best captured by the notion of ‘development’ or ‘unfolding’ along discernible patterns. Such unfolding may occur quickly or slowly, but it always corresponds to the idea of change, and, therefore, denotes the transformation of present conditions”. STEGER, Manfred B. **Globalization: a very short introduction**. Oxford University Press, 2003. p. 08.

⁶³⁹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Direito, globalização e humanidade: o jurídico reduzido ao econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

⁶⁴⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113.

Apesar dos dispares tratamentos teóricos que recebe, a globalização pode ser definida como um 'paradigma heurístico', [...]. À luz dos problemas e situações que ela sucinta, abre-se enorme campo para redescritção, em novas bases conceituais, das estruturas e processos sociais contemporâneos. Assim, soberania, democracia, direito, Estado, ordem internacional... ganham novos contornos teórico.

Assim, é que “[...] globalização é um dado da realidade, um fenômeno típico do capitalismo contemporâneo, com repercussões em toda a vida social contemporânea, resultando num conjunto de fenômenos novos na economia e na sociedade.”⁶⁴¹ Na visão de Delgado, a globalização desencadeou uma sucessão de inovações tecnocientíficas que, por sua vez, impulsionaram e impactaram os setores sociais, culturais, políticos e econômico ao redor do mundo. Então, o que se constata é que a denominada “[...] globalização reveste-se de alta complexidade, face as profundas, sérias e multifacetadas consequências que provoca, sob o escopo de um ritmo de mudanças nítido que o ora referido fenômeno impõe”.⁶⁴²

As mudanças foram tão profundas que transformaram o mundo num *lócus* de interatividade e interconectividade entre o espaço-tempo, o que transfigurou o modelo tradicional mundial, ao promover a constante necessidade de evolução do político, cultural, jurídico e o econômico. Este agora, segundo Unger,⁶⁴³ é permeado por processos mentalmente intensivos de alta tecnologia, mas, ainda, confinado a uma elite tecnológica e empresarial e que, por isto, é fato gerador de desigualdades para toda a sociedade.

Berman,⁶⁴⁴ no que diz respeito a globalização, argumenta que esta contribuiu também para o crescimento da tecnologias de comunicação, o surgimento de entidades corporativas multinacionais sem centralidade territorial significativa, os conflitos entre estados e para a maior mobilidade de capital e de pessoas através das fronteiras, o que significa que muitas jurisdições sentiram os efeitos de atividades desenvolvidas pelo mundo levando, inevitavelmente, a afirmações de diferentes autoridades sobre o mesmo ato, independentemente, da localização territorial.

⁶⁴¹ COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 8.

⁶⁴² DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6-7.

⁶⁴³ UNGER, Roberto Mangabeira. **Economia do conhecimento**. Tradução Roberto Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. Tradução de: The knowledge economy.

⁶⁴⁴ BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. **Southern California Law Review**, Princeton, v. 80, p.1155-1238, 2007. Disponível em: <http://ssm.com/abstract=985340>. Acesso em 06 dez. 2021.

Nesta dinâmica, a economia, como se vê, não está inerte à globalização. Ao contrário, apresenta-se como um fenômeno que é, visivelmente, econômico, especialmente, se analisado “[...] a partir dos anos 80, quando passou a ser utilizada no sentido econômico”.⁶⁴⁵ Segundo Coutinho,⁶⁴⁶ o processo de globalização configura:

Uma etapa de forte aceleração da mudança tecnológica, caracterizada pela intensa difusão das inovações telemáticas e informáticas e pela emergência de um novo padrão de organização da produção e da gestão na indústria e nos serviços; padrão esse caracterizado pela articulação das cadeias de suprimento e de distribuição através de redes que minimizam estoques, desperdícios, períodos de produção e tempos-de-resposta, tornando os processos mais rápidos e eficientes.

Desta maneira, entende-se a globalização econômica como a aproximação organizada “[...] da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial [...]”⁶⁴⁷ a qual atua, assim, de forma autônoma e livre da vontade de política e jurídica dos países e obedece à lógica de mercado, qual seja, a maximização ilimitada da acumulação de bens e capital, em detrimento da “[...] partilha equitativa de seus resultados materiais e ao acesso de todos ao que é comum”.⁶⁴⁸

Em Steger,⁶⁴⁹ as discussões que envolvem questões econômicas devem representar uma parte significativa em qualquer relato sobre a globalização, mas esta última não deve ser confundida com a primeira. Assim, a globalização é melhor quando pensada como um conjunto multidimensional de processos que resistem a ser confinados a qualquer quadro temático único e que atingem profundamente as dimensões econômicas, políticas, culturais, tecnológicas e ecológicas da vida social

⁶⁴⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **O estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. f. 102. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: http://pct.capes.gov.br/teses/2007/969080_5.PDF. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁶⁴⁶ COUTINHO, Luciano. Nota sobre a natureza da globalização. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 4, n. 1, p. 21. 02 fev. 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643206>. Acesso em: 22 jun. 2019.

⁶⁴⁷ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52.

⁶⁴⁸ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52.

⁶⁴⁹ STEGER, Manfred B. **Globalization: a very short introduction**. Oxford University Press, 2003.

contemporânea. De acordo com Dupas,⁶⁵⁰ a globalização econômica apresenta como características:

[...] a enorme integração dos mercados financeiros mundiais e um crescimento singular do comércio internacional – viabilizado pelo movimento de queda generalizada das barreiras protecionistas –, principalmente dentro dos grandes blocos econômicos. Um de seus traços mais marcantes, [...], é a presente presença de empresas transnacionais.

Em um ponto de vista econômico, a globalização financeira contemporânea encontrada em Thomas Piketty⁶⁵¹ ostenta a interdependência como uma importante característica. Neste sentido, os países, ao menos em parte, são “[...] propriedade dos outros, o que não só obscurece as percepções sobre a distribuição global da riqueza, como também leva a uma forte vulnerabilidade dos pequenos países e a uma instabilidade da distribuição mundial das posições líquidas”.

Diante desta nova configuração de mundo, o Estado, por sua vez, não consegue se manter inatingível, e, ao que parece, enfraquecido em sua soberania, com território fluído e autonomia diluída pelas exigências das grandes organizações transnacionais. Assim é que “[...] perde o viço, tragado pela força incoercível do processo de globalização econômica, se robustecem as instâncias supranacionais de poder”.⁶⁵²

Destarte, neste novo cenário, o mercado econômico assume o papel de intermediador das relações econômicas, o qual era, até então, ocupado pela figura do Estado, este que, agora, se retrai ao ponto de não significar ônus relevante àquele.⁶⁵³ Pois, segundo Rosa:⁶⁵⁴

Assim é que o discurso do desenvolvimento econômico é o principal disfarce do discurso neoliberal, naturalizado como sendo uma das exigências da globalização, sem qualquer possibilidade e discussão.

⁶⁵⁰ DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terras, 1999. p. 14.

⁶⁵¹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Tradução de: *Le capital au XXI^e siècle*. p. 191.

⁶⁵² SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 24, jan./mai. 1999.

⁶⁵³ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁶⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coords). **Diálogos com a law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 57.

Esta estratégia evita o confronto de ideias advindo de um embate democrático e gera, no seu cúmulo, o espetáculo contemporâneo do luxo e da pobreza.

Logo, observa-se que as relações econômicas internacionais desenham, deveras, uma situação de dependência entre os Estados-nação, visto que a grande maioria das externalidades afetam, sem dúvidas, uns aos outros, como, de fato, constata-se com as últimas crises econômicas mundiais. Porém, esta interdependência econômica entre os Estados nacionais não quer dizer, exatamente, um desaparecimento de sua hegemonia econômica, pois esta continua a pertencer aos países detentores do capital.⁶⁵⁵

Por estes motivos, “[...] é corrente a crítica feita à globalização, que a identifica com uma nova forma de imperialismo, similar, mas mais sofisticada, à política exploratória típica das colonizações”.⁶⁵⁶ Neste traçado, Berman⁶⁵⁷ acredita que:

[...] certamente há alguma verdade à acusação de que a globalização é uma nova forma de império ou hegemonia, e particularmente no que diz respeito à liberalização do comércio e mercados abertos, parece haver pouca possibilidade de sobrevivência de uma ideologia rival.

Em Furtado,⁶⁵⁸ o processo de globalização faz com que os Estados-nação tenham sua importância diminuída, quando comparado às grandes corporações econômico-financeiras transnacionais, cenário que favorece o empobrecimento, sobretudo, das nações menos desenvolvidas:

⁶⁵⁵ MAYRIQUES, Danilo Alexandre; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Direito e globalização: análise econômica a partir da filosofia pragmática do direito de Richard Posner. **Caderno de Relações Internacionais**, Recife, vol. 7, n. 12, p. 229-258, jan-jul. 2016. Disponível em: <http://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/173>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁶⁵⁶ MAYRIQUES, Danilo Alexandre; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Direito e globalização: análise econômica a partir da filosofia pragmática do direito de Richard Posner. **Caderno de Relações Internacionais**, Recife, vol. 7, n. 12, p. 247, jan-jul. 2016. Disponível em: <http://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/173>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁶⁵⁷ “[...] there is certainly some truth to the charge that globalization is a new form of empire or hegemony, and particularly with regard to trade liberalization and open markets, there seems to be little possibility for a rival ideology to survive”. BERMAN, Paul Schiff. From international law to law and globalization. **University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers**, Connecticut, n. 23, p. 551-556, 2005. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=faculty_publications. Acesso em: 06 jan. 2021.

⁶⁵⁸ FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 9.

Os sistemas de poder se fazem cada vez mais heterogêneos em um mundo em que os Estados nacionais perdem importância para instituições transnacionais, multinacionais e mesmo regionais. As atividades financeiras, beneficiadas por avanços surpreendentes na eletrônica, assumem posições de vanguarda na modelagem das estruturas de poder. Os padrões monetários tendem a unificar-se, o que amplia significativamente o âmbito de ação da moeda dominante, ao mesmo tempo que se impõe a constituição de vultosas reservas monetárias em benefício das economias centrais. A consequente redução da margem de autonomia das autoridades nacionais torna mais difícil alcançar a superação do subdesenvolvimento.

Nesta perspectiva, toda a engrenagem que envolve o Estado e suas instituições político-jurídicas são reduzidas ou flexibilizadas, de forma a diminuir o poder de intervenção estatal que, com isto, é estrangulado pelos agentes econômicos produtivos internacionais a impor limitações em suas “[...] políticas fiscais, [...] e em suas estratégias de planejamento; obrigado a levar em conta antes o contexto econômico-financeiro internacional do que as próprias pressões, anseios, expectativas e reivindicações nacionais”.⁶⁵⁹ Para Piketty,⁶⁶⁰ nesta lógica, as ações públicas de redistribuição de renda e condições de vida, especialmente aos menos favorecidos, se limita a mecanismos que interfiram o mínimo possível no virtuoso sistema do mercado econômico.

Com efeito, o processo de globalização econômica também tocou o poder judiciário que, agora, possui fundamental importância no sentido de realizar, por meio de suas decisões, direitos que garantam a dignidade da população, em particular daqueles com restrito acesso aos recursos econômico-financeiros para se desenvolverem. Nesta expectativa, os juízes, em sua atuação, se tornam protagonistas da realidade, com o propósito de provocar mudanças efetivas na sociedade. Para tanto, é necessário:

[...] um Judiciário que exerça o papel de co-gestor dos interesses gerais; que intervenha e controle a falta de qualidade da prestação dos serviços públicos; que exija a implementação de políticas públicas sociais eficientes, caso provocado, principalmente daquelas relacionadas à cidadania mínima. A participação de Judiciário não tem a conotação de compartilhamento do gerenciamento, mas o importante papel de contribuir para a definição dos parâmetros e

⁶⁵⁹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 141.

⁶⁶⁰ PIKETTY, Thomas. **Economia da desigualdade**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015. *E-book*. Tradução de: *L'Économie des Inégalités*.

caminhos para a concretização e a efetivação dos direitos no plano real.⁶⁶¹

Deste modo, convém esclarecer que a sociedade contemporânea exige daqueles que proclamam as decisões judiciais, cada vez mais, respostas que possuam conteúdos substanciais e fundamentadas de maneira a dar conclusão efetiva aos problemas político-sociais que surgem rapidamente no cotidiano social complexo. Silva⁶⁶² destaca que “não se trata propriamente de conferir maiores poderes aos juízes, mas apenas e simplesmente admitir que eles necessariamente sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época”. Diante disto:

[...] a mudança traz, pede que se dê ao magistrado independência, autoridade e responsabilidade, exigindo-se dele dignidade. Neste período de intensa mudança social, quando se verifica a inadequação da lei frente às modificações sugeridas com velocidade e complexidade jamais observadas, o juiz deve procurar adequar à lei à nova situação social, atuando como sociólogo em ação, como pensador social.⁶⁶³

Portanto, a figura do juiz equidistante das partes e alheio à realidade social de outrora necessita, ainda que gradativamente, dar lugar a um novo modelo de julgador – e de decisão judicial – racional, não uma racionalidade formalista-dogmática, a muito conhecida pelos tribunais, mas uma racionalidade capaz de incutir ao direito uma função efetivadora e nas decisões proferidas uma sólida e criteriosa fundamentação em prol do bem comum e desenvolvimento das pessoas. Pois, só assim, como há muito enfatizou Baur,⁶⁶⁴ “o juiz sai de seu papel passivo e assume de alguma maneira, a responsabilidade pela ‘cura’ de uma relação ‘doente’ entre o direito e a vida”.

Desta maneira, constata-se que a globalização – considerada num panorama econômico global – propiciou, também, uma desconstrução hierárquica do direito, até

⁶⁶¹ CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A globalização e os desafios do poder judiciário no século XXI em prol da realização do bem-estar e do desenvolvimento. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 2104. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+\(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf). Acesso em: 12 jul. 2019.

⁶⁶² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 44.

⁶⁶³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 45.

⁶⁶⁴ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 27, ano 7, p. p. 193-194, jul./set. 1982.

então, imerso no paradigma positivo e adstrito a um espaço territorial definido, não mais condiz às mudanças sociais o que, por vez, torna o direito incapaz de prognosticar as relações intersubjetivas, com implicações de ordem jurídica.

Então, com enfoque nas ligações entre direito e economia – em ambiente globalizado – é que Richard Posner, com sua teoria pragmática da Análise Econômica do Direito, contribui para a reflexão sobre a eficiência do direito – e nas decisões judiciais – “[...] em promover a maximização da riqueza da sociedade global; a correção dos efeitos indesejáveis ou imprevistos da concentração de poder econômico; a redução de incertezas, trazendo maior previsibilidade, e de custos de transação”.⁶⁶⁵ Então:

A magnitude das questões econômicas no mundo atual implica no estabelecimento de novas relações entre campos até então complementares. ‘Direito’ e ‘Economia’, como campos autônomos, sempre dialogaram desde seus pressupostos e características, especificamente nos pontos em que havia demanda recíproca. Entretanto, atualmente, a situação se modificou. Não só por demandas mais regulares, mas fundamentalmente porque há uma inescandível proeminência economicista em face do discurso jurídico. Dito diretamente: o ‘Direito’ foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo.⁶⁶⁶

Nesta ótica, e afinado ao conjunto de ideias afirmadas em linhas volvidas e à necessidade de um repensar crítico do processo de tomada de decisão judicial, na atualidade exige-se dos julgadores um afastamento, cada vez maior, do tradicionalismo jurídico de outrora. O intuito disto é reafirmar a importância da consolidação de direitos que garantam o justo desenvolvimento dos sujeitos de direito, em que destaca-se o movimento denominado Pragmatismo Jurídico, o qual auxilia e guia o modo como são solucionadas as pretensões levadas à análise jurisdicional.

Historicamente, o pragmatismo começou nos Estados Unidos, na segunda metade do século XIX, principalmente, com os estudos de Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952), entre outros

⁶⁶⁵ MAYRIQUES, Danilo Alexandre; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Direito e globalização: análise econômica a partir da filosofia pragmática do direito de Richard Posner. **Caderno de Relações Internacionais**, Recife, vol. 7, n. 12, p. 248, jan-jul. 2016. Disponível em: <http://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/173>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁶⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 59.

intelectuais, que se reuniam para discutir filosofia. Porém, somente apresentou-se o termo ao mundo em 1898, quando James parafraseou Peirce, em uma palestra na Universidade Berkeley, na Califórnia. Assim, o pragmatismo adentrou os círculos filosóficos da época e traçou as primeiras linhas do que hoje é conhecido como pragmatismo filosófico clássico.⁶⁶⁷

Foi em uma das reuniões do Clube Metafísico, por volta de 1872, que um de seus integrantes mais ativos, Charles Peirce, expôs aos demais um rascunho com algumas anotações resultantes de suas discussões coletivas, as quais pretendia possivelmente agregar a um livro sobre lógica, que planejava um dia escrever. Às ideias e opiniões contidas neste rascunho que apresentou a seus colegas, Peirce chamou de pragmatismo. [...]. O rascunho de Peirce foi ampliado e, entre o final de 1877 e o início de 1878, publicado na forma de dois artigos no *Popular Science Monthly*, então um dos principais periódicos científicos internacionais. Isso não foi suficiente para que o pragmatismo passasse a desfrutar de notoriedade, nem mesmo no meio acadêmico e intelectual norte-americano. Foi apenas cerca de vinte anos depois, em 1898, com as palavras de William James, que o pragmatismo começou a ser conhecido pelo público, sendo a partir de então rapidamente difundido para além das fronteiras do país que lhe deu origem.⁶⁶⁸

O termo pragmatismo se originou, etimologicamente, do grego *prágma*, para outros *prágmátike*, que significa “fazer”, o que indica ação, ato ou caso.⁶⁶⁹ Para Weiszflog,⁶⁷⁰ constitui o “conjunto de regras ou fórmulas que regulam as cerimônias oficiais ou religiosas”. Já para Einsenberg,⁶⁷¹ “significava uma ocorrência, um fato concreto, em particular algo prático, com consequências relevantes”. Então, originalmente, interpreta-se o pragmatismo como o atendimento das questões

⁶⁶⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁶⁶⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 12.

⁶⁶⁹ NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições** (Revista *on line* do GT de Pragmatismo e Filosofia Americana da Anpof), ano 3, n. 1, p. 42-57, 2011. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano3_01/3_nascimento.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

⁶⁷⁰ WEISZFLOG, Walter (ed.). **Michaelis**: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 1679.

⁶⁷¹ EISENBERG, José. Pragmatismo Jurídico. *In*: BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 656.

filosóficas a partir de determinadas regras/fórmulas reguladoras.⁶⁷² No entanto, outro significado consiste na “consideração das coisas a partir de um ponto de vista prático”.⁶⁷³

Deste modo, para se entender o sentido da palavra “pragmatismo” deve-se considerá-lo no papel da utilidade prática, sem, contudo, esquecer que o pragmatismo se coloca, também, como uma questão de método.⁶⁷⁴ Assim, o pragmatismo pode ser entendido como a forma que “[...] o conhecimento, o saber racional, está relacionado com a ação humana, com a conduta humana, atribuindo-lhe uma finalidade racionalmente prática”.⁶⁷⁵ Para Pogrebinschi,⁶⁷⁶ o pragmatismo é:

[...] uma teoria que nos permite compreender antigas teorias e, ao mesmo tempo, criar outras novas; um método para conferir significado a conceitos e concepções; um meio de dar sentido à realidade e à ação através da teoria; um propósito de experimentar incessantemente novas formas de pensar e também de reexperimentar aquelas que já são conhecidas.

Em sua formulação original, Peirce, considerado o criador do pragmatismo filosófico, propõe que este “deveria ser uma espécie de técnica auxiliar à compreensão dos problemas filosóficos e científicos”⁶⁷⁷ na busca da verdade, contrapondo-se às escolas filosóficas dominantes da época. Segundo Peirce, o desafio para a filosofia pragmática seria compreender que “o significado de um conceito era dado pelas consequências práticas concebíveis que o objeto de

⁶⁷² KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 215, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v5n2/a04v5n2.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁶⁷³ WEISZFLOG, Walter (ed.). **Michaelis**: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 1679.

⁶⁷⁴ KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 215-226, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v5n2/a04v5n2.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁶⁷⁵ NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições** (Revista *on line* do GT de Pragmatismo e Filosofia Americana da Anpof), ano 3, n. 1, f. 43, 2011. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano3_01/3_nascimento.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

⁶⁷⁶ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 15.

⁶⁷⁷ NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições** (Revista *on line* do GT de Pragmatismo e Filosofia Americana da Anpof), ano 3, n. 1, f. 44, 2011. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano3_01/3_nascimento.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

investigação seria capaz de proporcionar e que afetariam a conduta humana”,⁶⁷⁸ na busca por comparar a significação de uma ideia ou objeto com as consequências práticas que estes acarretariam.⁶⁷⁹ Sendo assim, de acordo com a máxima pragmatista de Peirce:⁶⁸⁰

Para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se considerar as consequências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da concepção; e a soma dessas consequências constituirá o sentido total da concepção.

Neste sentido, concebe-se o pragmatismo como um método capaz de esclarecer os significados obscuros da análise e identificar seus efeitos na condução humana. Sob a ótica do autor, é um método que determina os significados das proposições e, assim, determina que qualquer ponto de vista intelectual depende das suas implicações práticas, ou seja, é a soma das consequências que constituirá todo o significado de um ponto de vista.⁶⁸¹ Então, em Pierce, o pragmatismo “[...] é marcado por um cientificismo que se opunha ao positivismo, ao materialismo e ao racionalismo científico que reinava no século XIX. Pierce desconfiava das grandes teorizações abstratas e privilegiava o particular sobre o universo”.⁶⁸²

James, outro precursor da filosofia pragmatista e colega de Peirce, embasou suas ideias no praticalismo – pragmatismo – pois, para a perfeita clareza dos pensamentos em relação a um objeto, é preciso apenas considerar os efeitos concebíveis de natureza prática que o objeto abrange. E a concepção destes efeitos é o todo do entendimento do objeto, na medida em que este tenha, afinal, significado positivo.⁶⁸³ O método pragmático, então:

⁶⁷⁸ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 28. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁶⁷⁹ WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. Tradução de: On Pragmatism.

⁶⁸⁰ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 2. ed. Tradução José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990. Tradução de: The Collected Papers. p. 07.

⁶⁸¹ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 2. ed. Tradução Jose Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990. Tradução de: The Collected Papers.

⁶⁸² BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**: a argumentação consequentialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 17.

⁶⁸³ JAMES, William. **Pragmatismo**. Tradução Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005. Tradução de: Pragmatism and other essays.

[...] volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões a priori, dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. [...]. O que significa ar livre e possibilidades da natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade.⁶⁸⁴

Para James, a concepção do objeto e seus efeitos é a concepção do objeto em seu todo, desde que tenha uma significação positiva. Este princípio do pragmatismo foi o mesmo formulado por Peirce em sua máxima pragmatista, e que James apresentou vinte anos mais tarde em Berkeley, na Universidade da Califórnia.⁶⁸⁵ Em sua própria versão, James ampliou a máxima de Peirce “[...] ao identificar nossa concepção de um objeto com os efeitos que o objeto ‘pode envolver’”. Entretanto, objetos de nossa concepção frequentemente ‘envolvem muitos efeitos que não consideramos ser parte de nossa concepção de objeto’.⁶⁸⁶

Já para Dewey, outro filósofo pragmatista americano do século XX, “a função primordial da filosofia é a de explorar racionalmente as possibilidades da experiência; especialmente da experiência humana coletiva”.⁶⁸⁷ Assim, ele desenvolveu seus estudos sob a premissa de que o pensamento surge da necessidade prática e remete à condição humana, derivada da interação estabelecida pelo homem com o ambiente, com vistas a sua sobrevivência.⁶⁸⁸

Neste sentido, Dewey, ao aprimorar as ideias propostas por Peirce, salvaguarda que a prática se envolve com o conhecimento de objetos, pois, assim, o seu significado não seria um acessório da própria prática em si, mas a contínua alteração das necessidades dos seres humanos, dos atos dela decorrentes e de suas

⁶⁸⁴ JAMES, William. **Pragmatismo**. Tradução Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005. Tradução de: Pragmatism and other essays. p. 47.

⁶⁸⁵ NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições** (Revista *on line* do GT de Pragmatismo e Filosofia Americana da Anpof), ano 3, n. 1, p. 42-57, 2011. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano3_01/3_nascimento.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

⁶⁸⁶ WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. Tradução de: On Pragmatism. p. 53.

⁶⁸⁷ DEWEY, John. **Reconstrução em filosofia**. 2. ed. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1959. Tradução de: Reconstruction in Philosophy.

⁶⁸⁸ NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições** (Revista *on line* do GT de Pragmatismo e Filosofia Americana da Anpof), ano 3, n. 1, p. 42-57, 2011. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano3_01/3_nascimento.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

consequências. Em seu projeto filosófico, o escritor concentra seus estudos na negativa de que o pensamento seja estático, perpétuo e imutável, uma vez que as concepções de pensamentos pré-científicos, pré-tecnológicos e pré-democráticos de mundo não atenderiam as necessidades da sociedade moderna.⁶⁸⁹

Conveniente destacar aqui “[...] que James e Dewey inovaram o pragmatismo de Pierce, que nasceu como uma teoria da significação e passou a enxergar o pragmatismo como uma teoria da verdade”.⁶⁹⁰ Noutro ponto importante, sublinha-se que o pragmatismo propõe uma releitura dos antigos modos de pensar, em que se insere o utilitarismo, o ceticismo, o positivismo, o darwinismo, dentre outros. Com efeito, para muitos autores, existem uma pluralidade de pragmatismos, pois:

[...] o pragmatismo é o resultado da contribuição de autores com formação e atuação em diferentes áreas do pensamento. O resultado disso, [...], foi a elaboração de uma teoria que, tanto em sua gênese histórica como em sua essência teórica, expressa um inegável pluralismo e uma infinita capacidade de se harmonizar com outras e distintas formas de pensamento.⁶⁹¹

Ao empreender um olhar sobre o pragmatismo clássico, observa-se sua ambição por encontrar soluções adequadas e contextualizadas às vivências pelo homem e, conseqüentemente, desejadas para o bem-estar da sociedade.⁶⁹² Portanto, concebe-se que o pragmatismo é, em termos fundamentais, uma teoria do conhecimento, que propõe que o significado de um conceito está em suas “[...] consequências práticas, nas possibilidades de ação que ele define, do que podemos concluir que a clareza de uma ideia reside na sua utilidade”.⁶⁹³

⁶⁸⁹ DEWEY, **Reconstrução em filosofia**. 2. ed. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1959. Tradução de: Reconstruction in Philosophy.

⁶⁹⁰ BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**: a argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁶⁹¹ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 15.

⁶⁹² ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁶⁹³ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. f. 30. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681?show=full>. Acesso em: 24 jul. 2019.

Segundo Torrano,⁶⁹⁴ o pragmatismo surge da praticidade e adaptabilidade com o meio e se desenvolve, doravante, baseado em concepções como contingência humana, adaptabilidade e finitude, de modo que se observa a fragmentação do conhecimento e a velocidade de desenvolvimento das tecnologias atuais. Não se vislumbra, fascinado por belas, desnecessárias e inúteis teorias que não contribuem para os interesses das pessoas, e, por fim, tenta dar igual poder epistemológico a cada campo de investigação, levando em consideração o propósito específico criado por cada objeto de investigação.

O pragmatismo não confia naqueles que dizem que procuram pela ‘verdade’, acredita que a linguagem é uma ferramenta flexível, em evolução e naturalizada nas mãos de seres inteligentes, com crenças, aspirações e propósitos em constante mudança. Assinala, também, que as grandes questões filosóficas da atualidade ressoam do inevitável processo de continuidade racional e são, precisamente, o produto de um diálogo acidental entre a historicidade e a contingência, que a comunidade considera como um tema muito importante.⁶⁹⁵

Assim, “[...] nossos compromissos morais são conquistas e construções decorrentes de ensaio e erro em uma história de luta e sangue e não de ‘verdades perenes’ que foram ou estão sendo progressivamente ‘descobertas’ [...]”,⁶⁹⁶ ou seja, o aperfeiçoamento científico filosófico ou moral “não vem como um desfile pelas avenidas da verdade nem na forma de avançadas repentinas em direção à verdade”.⁶⁹⁷ Porém, mesmo levemente difundido o pragmatismo – em Pierce pragmaticismo, para James pragmatismo e segundo Dewey instrumentalismo –, com o passar do tempo, perde espaço para os movimentos filosóficos, de análise mais rigorosa, especialmente, sobre a concepção da verdade.

O pragmatismo no direito teve suas primeiras incursões por meio do realismo jurídico – já que, em escritos de Dewey, sobre direito, o pragmatismo se liga ao realismo jurídico⁶⁹⁸ – termo então utilizado para apresentar a teoria e a prática de

⁶⁹⁴ TORRANO, Bruno, **Pragmatismo no direito e a urgência de um ‘pós-positivismo’ no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶⁹⁵ TORRANO, Bruno, **Pragmatismo no direito e a urgência de um ‘pós-positivismo’ no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁶⁹⁶ TORRANO, Bruno, **Pragmatismo no direito e a urgência de um ‘pós-positivismo’ no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 13.

⁶⁹⁷ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law. p. 473.

⁶⁹⁸ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law.

juristas resistentes ao excessivo formalismo judicial predominante na época. Assim, “o movimento realista surgiu por volta das décadas de 1920 e 1940, e foi concebido através de duas correntes, uma norte-americana e a outra escandinava”,⁶⁹⁹ inspirou, nos Estados Unidos, professores como Holmes Jr., Pound e Cardozo e revolucionou a academia jurídica, tribunais e as bancas de advocacia, conquanto, os adeptos desta escola apresentam como sua principal característica a aplicação do pragmatismo filosófico clássico ao problema da interpretação jurídica.⁷⁰⁰

Em termos gerais, o realismo jurídico foi uma escola jusfilosófica que buscou explicar o direito como uma experiência social, ou seja, para os realistas o direito não existe independente da realidade em que se insere. Em resumo:

O realismo jurídico, [...], criticava o formalismo jurídico, a tendência do direito de se reputar como ciência, o objetivismo, a utilização da lógica e a busca da certeza jurídica. Defendeu-se o relativismo da verdade e ponderou-se que juízes carregam para as decisões suas idiosincrasias, que são determinadas pelo entorno cultural no qual vivem. O direito é definido como a possibilidade de se fazer previsão segura de como o judiciário lidará com os casos que julga.⁷⁰¹

Para os adeptos desta corrente de pensamento filosófico aplicado ao direito, “[...] as instituições jurídicas deviam ser realistas quanto às necessidades sociais que têm por objetivo saciar, só assim as decisões jurídicas estariam mais próximas da comunidade”.⁷⁰² Por vez, “o direito dos realistas era, portanto, construído pelas normas efetivamente aplicadas pelas Cortes, isto é, pelas decisões judiciais”.⁷⁰³ Nesta

⁶⁹⁹ GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Realismo jurídico Norte-Americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 273 jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8704/5217>. Acesso em: 14 jan. 2021.

⁷⁰⁰ EISENBERG, José. Pragmatismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 656-657.

⁷⁰¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: Edição do Autor, 2013. cap. 2. *E-book* (não paginado). Disponível em: https://www.academia.edu/8284389/Pdf_-_introducao_ao_realismo_juridico_norte_americano. Acesso em: 03 jun. 2019.

⁷⁰² FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. p. 33. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681?show=full>. Acesso em: 24 jul. 2019.

⁷⁰³ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. p. 40. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 30 jul. 2019.

sequência, em Torrano,⁷⁰⁴ os pensadores realistas, “[...] trouxeram ao âmbito do direito ideias instrumentais e antimetafísicas que permeavam os pragmáticos clássicos, [...]” desmitificando, com isso, as teorias “[...] formalistas e objetivas, oferecendo em troca jurisprudência com maior embasamento filosófico, mais iluminada e potencialmente orientada para realidade inesperada que se descortinava”.⁷⁰⁵ Logo, pontua Cardozo⁷⁰⁶ que:

A aquiescência a esse método baseia-se na crença de que, quando o Direito deixa de cobrir uma situação pela inexistência de uma regra anterior, não há nada para fazer exceto pedir a algum arbitro imparcial que declare aquilo que homens justos e razoáveis, cientes dos hábitos de vida da comunidade e dos padrões da justiça e retidão, prevalecentes entre eles, deveriam fazer em tais circunstâncias, sem quaisquer regras, a não ser as do costume e da consciência, para regular sua conduta. O sentimento é de que em nove de cada dez causas, se não mais, a conduta de homens honrados não teria sido diferente se a norma incorporada na decisão tivesse sido anunciada previamente por uma lei escrita.

Porém, a exaltação nutrida pelo Estado, mas, especialmente a ausência de método, que levou ao esmorecimento da confiança dos profissionais jurídicos, descansavam nas teses realistas. Como declara Posner,⁷⁰⁷ “os realistas sabiam o que fazer (pensar as coisas e não as palavras; sondar as consequências reais das doutrinas jurídicas e buscar o equilíbrio entre visões diferentes do interesse público), mas não como fazer”.

Contudo, para os defensores do realismo jurídico, na época, os instrumentos “da economia, da estatística e de outras ciências pertinentes encontravam-se insuficientemente desenvolvidas para possibilitar a elaboração de uma abordagem do direito voltada para a engenharia social”.⁷⁰⁸ Entretanto, a culpa dos realistas “[...] era

⁷⁰⁴ TORRANO, Bruno, **Pragmatismo no direito e a urgência de um ‘pós-positivismo’ no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 68.

⁷⁰⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: Edição do Autor, 2013. cap. 2. *E-book* (não paginado). Disponível em: https://www.academia.edu/8284389/Pdf_-_introducao_ao_realismo_juridico_norte_americano. Acesso em: 03 jun. 2019.

⁷⁰⁶ CARDOZO, Benjamin Natan. **A Natureza do Processo Judicial**. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Tradução de: The nature of the judicial process. p. 105.

⁷⁰⁷ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law. p. 415.

⁷⁰⁸ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law. p. 416.

um pendor para a irresponsabilidade, que o movimento dos estudos jurídicos críticos, que gosta de pensar em si como descendente do realismo jurídico, herdou”.⁷⁰⁹

Então, em poucas palavras, o chamado pragmatismo no direito, especialmente, o de origem norte americana, nada mais é do que o reavivamento do movimento jurídico do final do século XIX ao início do século XX, agora, como realismo jurídico.⁷¹⁰ No entanto, em meados deste último século, tal escola de pensamento manteve-se adormecida e, aos poucos, outras correntes e pensamento, entre eles o positivismo lógico, superaram-na⁷¹¹. Segundo Posner,⁷¹² com o término da Segunda grande Guerra Mundial, porém, tanto o pragmatismo filosófico, quanto o o realismo jurídico, aparentemente, desapareceram “[...] o primeiro suplantado pelo positivismo lógico e outras filosofias analíticas ‘puras’; o segundo absorvido pelas principais correntes jurídicas e, particularmente, pela escola processual [...]”. No mesmo sentido, em Freire:⁷¹³

A força do pragmatismo de John Dewey tinha enfraquecido no final da década de 1960. Nas duas décadas seguintes, o pragmatismo reaparece em sua versão contemporânea, representado por autores como Donald Davidson, Hilary Putnam e Richard Rorty, na filosofia, e Stanley Fish, na crítica literária. Não é adequado, porém, denominar esses pensadores de neopragmatistas, tendo em vista a profundidade das diferenças entre eles e os primeiros pragmatistas e a que é perceptível entre esses próprios novos autores.

⁷⁰⁹ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Overcoming Law*. p. 416.

⁷¹⁰ BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**: a argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁷¹¹ MATTIOLI, Maria Cristina. Positivismo lógico e suas implicações. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 9, p. 118-121, 1997. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/114756>. Acesso em: 21 jan. 2021. Nos termos da escritora: “Positivismo Lógico, Neopositivismo Lógico, além de Filosofia Analítica, Empirismo Contemporâneo ou Empirismo Lógico, são nomes atribuídos a uma corrente do pensamento humano que ganhou expressividade no início deste século, a partir de encontros realizados em Viena, dos quais participavam filósofos, sociólogos matemáticos, juristas etc. [...]. O objetivo deste grupo - mais conhecido com o Círculo de Viena – era discutir questões relacionadas à natureza do conhecimento científico e cuja preocupação maior era com a formação de um a teoria crítica voltada para o estudo e análise dos conceitos básicos, dos princípios e objetivos do conhecimento científico em geral, bem com o dos resultados de sua efetiva aplicação [...]”

⁷¹² POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Overcoming Law*. p. 410-411.

⁷¹³ FREIRE, Alonso Reis. Odisseu ou Hércules? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito de Richard A. Posner. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas**, Serro, n. 3, p. 29-30, abr. 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1996>. Acesso em: 12 jan. 2021.

Logo, “o Realismo Jurídico, com sua concepção instrumental de direito, foi em certa medida retomado na década de oitenta, porém então renomeado de pragmatismo jurídico”,⁷¹⁴ ou seja, o movimento foi reescrito na década de 1980, sob os nomes de pragmatismo jurídico ou ‘neopragmatismo’ e, até mesmo, pragmatismo cotidiano, como o denomina o juiz norte-americano Richard Posner.⁷¹⁵

Para Posner,⁷¹⁶ o novo pragmatismo não tem características diferentes das já apresentadas pelas construções teóricas sob a ótica pragmatista do realismo jurídico e defendidas por Holmes Jr. e Cardozo. Ou melhor, o neopragmatismo “[...] como o antigo, não é um movimento filosófico bem definido, mas um termo curinga para diversas tendências do pensamento filosófico. Mais ainda, um termo que se aplica a tendências iguais; ou seja, o novo pragmatismo não é novo”.⁷¹⁷ Segundo Pogrebinschi, “o pragmatismo não é meramente uma teoria do direito, mas sim uma teoria sobre como usar a teoria. Ou ainda, o pragmatismo é uma teoria sobre a atividade judicial”.⁷¹⁸

Sob esta ótica, pensar o direito implica em compreender a atividade realizada pelos juízes.⁷¹⁹

O pragmatismo [cotidiano] é a atitude mental denotada pelo uso da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos, uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar. É a atitude que predispõe os americanos a julgar propostas pelo critério do que funciona, demandar, na expressão perspicaz de William James, o ‘valor pecuniário’ de crenças

⁷¹⁴ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** (não paginado). Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁷¹⁵ BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial: a argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁷¹⁶ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Overcoming Law*.

⁷¹⁷ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Overcoming Law*. p. 410.

⁷¹⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** (não paginado). Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁷¹⁹ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** (não paginado). Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019.

particulares julgar questões com base em suas consequências concretas para a felicidade e a prosperidade da pessoa.⁷²⁰

Nas palavras de Streck,⁷²¹ pode-se definir o pragmatismo como “uma teoria ou postura que aposta em um constante ‘estado de exceção hermenêutico’ para o direito; o juiz é o protagonista, que ‘resolverá’ os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos”. Assim, deve o juiz pragmatista embasar suas decisões em fontes jurídicas ou não, na tentativa de prever as consequências de todas as possibilidades de decisão e escolher a que lhe parecer mais adequada às atividades humanas e sociais. Então, ele não se encontra fechado dentro do sistema jurídico, mas se preocupa em intervir na realidade social, cunhando em suas decisões, verdadeiras políticas públicas.⁷²²

Atualmente, identifica-se o pragmatismo sob uma pluralidade de abordagens, não necessariamente convergentes, mas que buscam enxergar o mundo – e também o direito – de maneira mais realista e pragmática, por meio da ciência.⁷²³ Dentre estas, as tendências mais representativas são: a *Critical Legal Studies* (Escola Crítica do Direito), *Law & Society* (Direito e Sociedade) e a *Law & Economics* (Direito e Economia).⁷²⁴ Para Alvarez,⁷²⁵ em meados dos anos 70, surgiram três movimentos intelectuais que se contrapõem à perspectiva dominante na teoria jurídica e ao utilitarismo, quais sejam: a *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito, como uma visão política; as teorias designadas como ‘*rights-based*’, que englobam todas as matrizes do campo da filosofia moral e política – e autores como Rawls, Nozick e Dworkin –; e a *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED),

⁷²⁰ POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: *Law, Pragmatism, and Democracy*. p. 38-39.

⁷²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 359.

⁷²² SANTOS, Daniele Martins dos. Pragmatismo jurídico e a nova configuração do ato de julgar. *In*: *Scientiarum História: filosofia, ciências e artes: conexões interdisciplinares*, 7., 2014, Rio de Janeiro. **Anais Eletrônicos** [...]. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: CCMN/UFRJ, 2014. Disponível em: <http://www.hcte.ufrj.br/downloads/sh/sh7/SH/trabalhos.html>. Acesso em: 1 ago. 2019.

⁷²³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

⁷²⁴ GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinário alemão. Tradução Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 325-394.

⁷²⁵ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito**: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287/260>. Acesso em: 03 jan. 2021.

que sugere a análise do direito sob o ponto de vista econômico. Em Pinheiro e Saddi:⁷²⁶

[...] a linha de pensamento da *Law & Economics*, concebida a princípio como uma veia das escolas econômicas mais liberais, foi rapidamente abarcada pelas faculdades de Direito. Seus enunciados não surgem num vácuo teórico pouco aplicável; antes, passam a entender o Direito como um sistema multfragmentado e multifacetado, desconexo e prolixo, que deve – e pode – ser analisado à luz de um conceito econômico preciso, o da eficiência e o da racionalidade humana. Não menos importante, *Law & Economics* se detém nas relações legais que regem a sociedade, no que consiste a contribuição do Direito à matéria.

Esta última tem em Posner seu principal expoente, com o movimento conhecido, especialmente no Brasil, como Análise Econômica do Direito – AED –, que oferece “[...] novos discursos sobre o direito e o processo decisório”,⁷²⁷ e impactou a literatura jurídica, sobretudo por meio dos estudos de Coase, Calabresi e Manne, considerados, juntamente a Posner, seus idealizadores.⁷²⁸ Porém, a intensão de utilizar conceitos econômicos para melhor compreender o direito é anterior ao atual movimento da AED, o que pode ser rastreado até o final dos anos 1950.

Assim, encontra-se o ideal de união entre o direito e a economia, ainda que timidamente, em escritos dos pensadores iluministas escoceses, na Escola Histórica e entre os institucionalistas, em que seus objetivos já eram bem semelhantes aos do recente movimento jurídico e econômico⁷²⁹ (tradução nossa). Nas palavras de Mackaay e Rousseau⁷³⁰ “[...] a ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor

⁷²⁶ PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2005. p. 15. *E-book*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁷²⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 30 jul. 2019.

⁷²⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9-57

⁷²⁹ MACKAAY, Ejan. History of *law and economics*. In: BOUCKAERT, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Volume I – The History and Methodology of *Law and Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 65-117. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁷³⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. p. 08.

compreender o direito não é nova. Remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem assim aos filósofos escoceses do Século das Luzes”. Já em Salama:⁷³¹

A ideia de concatenar os estudos de Direito e de Economia é, naturalmente, bem mais antiga do que a disciplina de Direito e Economia. É que aqui tomo a expressão ‘Direito e Economia’ como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento da *Law and Economics*. A expressão ‘Direito e Economia’ é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, ‘*Law and Economics*’. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Da mesma forma, em Portugal adotou-se *Análise Económica do Direito*. Na França, utiliza-se também a expressão ‘Economia do Direito’ (*Economie du Droit*) (grifos do autor).

Contudo, mesmo que pareça uma realidade muito distante, a ciência do direito, de algum modo, sempre esteve conectada com a economia, visto que importantes estudiosos – de ambas as áreas – como Adam Smith (1723 – 1790), Jeremy Bentham (1748-1832) e Gary Becker (1930-2014) – tiveram fundamental importância na aproximação das ciências, os quais criaram a base para o desenvolvimento da ideologia doutrinária da Análise Econômica do Direito.⁷³² Neste sentido, Adam Smith, considerado o pai da economia política – espinha dorsal da ciência econômica –, se interessou pelo direito, em especial, por sua importância para o comportamentos do mercados,⁷³³ pois, para ele, “[...] assim como para muitos de seus contemporâneos e sucessores, direito, política e economia eram facetas de uma mesma e indissociável realidade social”.⁷³⁴

⁷³¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 16-17. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁷³² TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 181-222, dez. 2014. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>em: 12 jan. 2021.

⁷³³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁷³⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 924. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU->

Smith, também, defendia que a liberdade de concorrência era o melhor alternativa para a alocação de recursos, haja vista que os preços naturalmente se formariam no próprio mercado e este, por sua vez, alcançaria o equilíbrio almejado.⁷³⁵ Criou-se, com isto, “[...] a lendária expressão ‘mão invisível’, ao fazer-se alusão aos efeitos de um mercado livre, no qual não haja intervencionismo, o que seria, para ele, suficiente para regular os preços em prol de uma justa concorrência”.⁷³⁶ Assim, a tradição econômica encontrou espaço no direito, mormente por meio da matéria “de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte [...] do temário da disciplina de Direito e Economia”,⁷³⁷ como expor-se-á adiante.

Há de se mencionar, ainda, que Bentham – um dos precursores do utilitarismo – baseou seu sistema ético-normativo na ideia de que as pessoas tomam sempre suas decisões de maneira a maximizar seu prazer/felicidade, com o fito de aliviar sua dor. Portanto, o princípio da utilidade visa a alcançar a felicidade. Porém, esta somente seria conquistada por meio dos esforços conjuntos da razão e da lei.⁷³⁸ Segundo Pimenta e Lana, o filósofo embasou “[...] sua tese sob os conceitos de dor e prazer, os quais seriam os únicos estímulos aos homens em geral. Logo, deveria o homem tomar decisões de modo a maximizar sua felicidade ou prazer e [...]”, como corolário, atenuar ou impedir a dor.⁷³⁹

A felicidade benthamiana, então, representava a única medida de utilidade – como na Análise Econômica do Direito –, e estava fundamentada na lógica da

S%C3%A3o+Paulo+(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁷³⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁷³⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 88, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁷³⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 17. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁷³⁸ TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 181-222, dez. 2014. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>em: 12 jan. 2021.

⁷³⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 88, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

maximização racional das escolhas individuais, pois, para o pensador “é inútil falar do interesse da comunidade, se não se compreender qual é o interesse do indivíduo”.⁷⁴⁰

Nos dizeres de Stuart Mill,⁷⁴¹ o utilitarismo de Bentham, resumidamente, é:

O credo que aceita, como fundamento da moral, a Utilidade, ou o grande princípio da Felicidade, sustenta que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o oposto da felicidade. Através da felicidade pretende-se o prazer e a ausência de dor; e até que ponto esta é uma questão aberta. Mas estas explicações suplementares não afetam a teoria da vida na qual esta teoria da moralidade está fundamentada – a saber, que o prazer e a imunidade à dor, são as únicas coisas desejáveis (as quais são tão numerosas no utilitarismo quanto em qualquer outro esquema) são desejáveis ou para o prazer inerente a elas mesmas, ou como meios para promoção do prazer e a prevenção da dor.

Conquanto, o utilitarismo de Bentham foi alvo de inúmeras desaprovações, uma vez que, para os críticos, esta teoria não respeita, em plenitude, os direitos individuais, visto que seu objetivo final é a satisfação da coletividade.⁷⁴² Ao dar sequência:

Outros pensadores do final do século XVIII também exibiram percepções agora consideradas parte do direito e da economia. Destacam-se entre eles Beccaria e Bellamy ([1764] 1995), para o efeito dissuasivo de sanções criminais, [...]. Mas todos esses escritos não chegaram a uma compreensão sistemática da lei por meio de um modelo de escolha racional⁷⁴³ (tradução nossa).

Um exemplo destes pensadores foi Gary Becker, que – mais de um século depois – tomou emprestadas as ideias de Bentham e reestruturou as ciências econômicas, por meio do conceito custo/benefício, em que a eficiência é a principal

⁷⁴⁰ Bentham, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luís Paulo Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril, 1989. Tradução de: An introduction to the principles of morals and legislation. p. 03.

⁷⁴¹ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2007. Tradução de: Utilitarianism. p. 22.

⁷⁴² SANDEL, Michael J. **Justiça**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de: Justice.

⁷⁴³ “Other thinkers of the late eighteenth century also displayed insights now considered part of law and economics. Prominent amongst these are Beccaria and Bellamy ([1764] 1995), for the dissuasive effect of criminal sanctions, [...]. But all of these writings did not amount to a systematic understanding of law through a rational choice model”. MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Volume I – The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 68. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

força motriz das relações econômicas na sociedade.⁷⁴⁴ Para Salama,⁷⁴⁵ o economista foi um vanguardista ao “[...] utilizar o ferramental da Economia moderna para analisar os chamados ‘mercados implícitos’ (como o ‘mercado do crime’, por exemplo)”. Posner,⁷⁴⁶ considerou Bentham e Becker expoentes do utilitarismo e, conseqüentemente, da AED, pois, para o autor, as pessoas são maximizadoras (racionais) de utilidade em todas as dimensões da vida, e não apenas na área econômica. Este ideal faz referência a Bentham, mas permaneceu esquecido até as publicações de Becker, nas décadas de 1950 e 1960.

Adiante, ao final do século XIX e início do século XX, outros economistas também vislumbraram a possibilidade de uma aproximação entre economia e direito. Estes se reconheciam como da Escola Institucionalista – movimento, proeminentemente, de origem alemã, chamado de Escola Histórica –, “[...] a qual possuiu nos Estados Unidos maior desenvolvimento, após também influência da escola Germânica e Inglesa”.⁷⁴⁷ A questão principal do movimento foi abordar, especialmente, o direito de propriedade, entre outros, histórica e funcionalmente, por meio das sociedades diferentes, já que as respostas impressas pela lei natural, antes da existência de leis positivadas, pareciam-lhes insatisfatórias.⁷⁴⁸

Nesta linha, de acordo com os Institucionalistas, para existir a possibilidade de explicar os fenômenos e os fatos econômicos, teria-se que analisar, de antemão, as condições históricas e sociais, assim como o próprio desenvolvimento das instituições. Porém, o movimento declinou na década de 1930, devido, principalmente, ao

⁷⁴⁴ PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 275-290.

⁷⁴⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 20. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁷⁴⁶ POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Tradução de: *Frontiers of legal theory*.

⁷⁴⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 88, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁷⁴⁸ MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*. In: BOUCKAERT, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Volume I – The History and Methodology of *Law and Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 65-117. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

surgimento das ciências sociais em *stricto sensu*, bem como, pela imprecisão da metodologia econômica em que se embasava.⁷⁴⁹ Conforme Posner:⁷⁵⁰

Depois de Bentham, a teoria das escolhas racionais permaneceu ignorada por muitos anos. Seu ressurgimento está associado sobretudo à ciência econômica da ‘Escola de Chicago’, e, em particular, a alguns economistas da Universidade de Chicago, como Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker.

De certo, o movimento jurídico e econômico atual, por sua vez, ganhou força após a década de trinta – do século passado – e os acontecimentos históricos, descritos em linhas volvidas contribuíram para o esboço do que viria. Assim, a Análise Econômica do Direito prosperou e, segundo Mackaay e Rousseau,⁷⁵¹ desenvolveu-se em quatro momentos distintos, nos Estados Unidos da América, ou seja, lançou-na (1957-1972), ela obteve a aceitação do paradigma (1972-1980), realizou-se discussões sobre os fundamentos (1980-1982) e, com o tempo, o movimento se ampliou (a partir de 1982). Mas, após o ano de 1975, se despontou para fora da América do Norte e sua “[...] recepção teve reações favoráveis e desfavoráveis, o que merece ser apontado na medida em que incidem sobre a propagação de ideais no meio jurídico”.⁷⁵² Para Pinheiro e Saddi,⁷⁵³ a expansão da EAD ocorreu devido:

[...] a internacionalização do conhecimento jurídico, abre-se campo para *Law & Economics* de forma radical: se quase todas as áreas do conhecimento podem ser estudadas à luz da ciência econômica, ainda mais, o direito. Inicialmente, áreas diretamente relacionadas, tais como concorrência, regulação dos mercados financeiros, matéria tributária e assim por diante se ofereciam como campos férteis para *Law & Economics*, hoje, o movimento se expande para áreas tradicionalmente reservada aos juristas, como por exemplo, Direito de Família, Direito Ambiental e assim por diante.

⁷⁴⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁷⁵⁰ POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: *The economy of justice*. p. XII.

⁷⁵¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*.

⁷⁵² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. p. 09.

⁷⁵³ PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2005. p. 16. *E-book*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

Neste novo contexto, a grande maioria dos estudiosos concordam que a Análise Econômica do Direito originou-se em Chicago, nos Estados Unidos, na década de 1950 – ainda que nos idos de 1930 já existissem estudos que indicassem uma reaproximação entre as ciências do direito e da economia.⁷⁵⁴ Assim, quando Aaron Director assume o Departamento de Economia da Universidade de Chicago – apoiado por Frank Knight, George Stigler e Milton Friedman –, o professor foca suas atenções nos benefícios de se interpretar o direito por meio de pressupostos da economia.⁷⁵⁵ Porém, a característica principal da, atualmente, conhecida como Escola de Chicago foi a promoção da comunicação entre juristas e economistas, a partir da edificação de um centro, multi e interdisciplinar, de pesquisa científica.⁷⁵⁶

Na sequência, na intenção de divulgar o movimento da AED, lançou-se – em 1958, por iniciativa de Aaron Director – o *Journal of Law and Economics*, o qual, em pouco tempo, “[...] se tornará o veículo para difundir as incursões dos economistas na área do direito. O ponto de partida é o artigo de Ronald Coase sobre o custo social, publicado em 1960, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991”.⁷⁵⁷ Em seu célebre artigo – *The Problem of Social Cost* – Coase apresenta uma análise inédita do estudo dos danos, ao avaliá-los sob a ótica dos custos de transação – tema já abordado por ele em 1937. Portanto, o escritor despontou, ao explicar “[...] que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos”,⁷⁵⁸ em que deu vida ao famoso Teorema de Coase.⁷⁵⁹ Deste modo:

⁷⁵⁴ MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*. In: BOUCKAERT, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Volume I – The History and Methodology of *Law and Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 65-117. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁷⁵⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁷⁵⁶ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

⁷⁵⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*.

⁷⁵⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 19.

⁷⁵⁹ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Overcoming Law*. Em Posner, “a principal importância do teorema está em voltar a atenção dos economistas a uma faceta esquecida, mas muito importante, do sistema econômico, a saber, os custos das transações de mercado. Sob a forma de hipótese (se os custos de transação são baixos, a atribuição de direitos e responsabilidades pela lei provavelmente não afeta significativamente a alocação de recursos), o Teorema de Coase serviu

Percebe-se que o raciocínio proposto por Coase (em sua tese, batizada pela doutrina como Teorema de Coase) baseia-se em uma lógica consequencialista de custo-benefício: o Estado deveria, compreendendo que os danos são sempre recíprocos, simplesmente avaliar qual direito gera mais ganhos (maximização de riqueza) se tutelado.⁷⁶⁰

Frisa-se, aqui, que inúmeros advogados e juristas colaboraram para a aceitação do paradigma econômico pelo direito, pois a participação desses era essencial, uma vez que, “[...] convencer os advogados acabou sendo o ponto crítico na evolução da primeira onda de direito e economia, um século antes”.⁷⁶¹ Assim, nomes como Calabresi e Manne vêm à baila, já que, diante da descoberta de uma novel ferramenta para análise do direito, diversos pesquisadores lançam esforços para levar o debate para o campo dos juristas, especialmente no final dos anos 1960.

Nestes termos, em 1961, na Universidade de Yale, o jurista Guido Calabresi, publica *Some Thoughts on risk distribution and Law of Torts*, obra que inseriu, definitivamente, a análise econômica nas questões jurídicas, ao demonstrar “[...] a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial”.⁷⁶² Posteriormente, “[...] Henri Manne organiza seminários de verão para professores de direito tomarem contato com essas novas ideias e com os necessários fundamentos de microeconomia”.⁷⁶³ Para Rosa,⁷⁶⁴ o movimento da AED se impôs, na última “metade do século passado a partir, fundamentalmente, de três fatores: a) a construção de um estatuto teórico específico [...] proeminência do discurso neoliberal; c) imbrinacamento entre as tradições da civil law e da common law”.

de orientação para importantes pesquisas empíricas, como, por exemplo, sobre os efeitos do divórcio sem culpa, o qual, confirmando o teorema, não aumentou o índice de divórcio.

⁷⁶⁰ TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 187, dez. 2014. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685em>; 12 jan. 2021.

⁷⁶¹ “[...] convincing lawyers turned out to be the critical point in the evolution of the first wave of law and economics, a century earlier”. MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*. In: BOUCKAERT, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Volume I – The History and Methodology of *Law and Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 75. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁷⁶² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 19.

⁷⁶³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. p. 11-12.

⁷⁶⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 60.

Assim a AED ganha repercussão. Porém, sua real percepção ocorreu com a publicação da obra *Economic Analysis of Law* (1972), de Richard Allen Posner, a qual possibilitou a acessibilidade do movimento aos estudantes, profissionais e professores, ou seja, quase todos os ramos do direito.⁷⁶⁵ Então, passa-se a valorizar o pensamento econômico também fora do ambiente acadêmico, isto é, nas concepções políticas, para a criação ou extinção de legislações, bem como nos tribunais, quando apresentam argumentos econômicos, os quais são aceitos pelos litigantes, para a tomada de decisão quanto aos seus efeitos.⁷⁶⁶ Logo, “esse livro [...] (*Análise econômica do direito*), e o autor, que vai dominar o movimento ao longo dos dez anos seguintes”,⁷⁶⁷ onde o autor almejou, “[...] desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que afirme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade”.⁷⁶⁸ Nesse texto, Posner⁷⁶⁹ afirma que o:

[...] homem como ser racional que tentará maximizar seu interesse próprio implica que as pessoas reajam aos incentivos; que sim as circunstâncias de uma pessoa mudam de maneira que poderia aumentar sua satisfação alterando seu comportamento, ele o fará (tradução nossa).

Sinteticamente, Posner compreende a AED como “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.⁷⁷⁰ Em Mercurio e Medema,⁷⁷¹ por sua vez, trata-se, principalmente da “aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do

⁷⁶⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*.

⁷⁶⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*.

⁷⁶⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. p. 11-12.

⁷⁶⁸ POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: *The economy of justice*. p. 138.

⁷⁶⁹ “[...] hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así”. POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Tradução de: *Economic Analysis of Law*. p. 26.

⁷⁷⁰ “[...]’new’ law and economics is the application of the theories and empirical methods of economics to the central institutions of the legal system [...]. POSNER, Richard Allen. *The economic approach to law*. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, p. 759, 1975.

⁷⁷¹ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 03.

bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais”. Nos dizeres de Salama,⁷⁷² é possível conceitua-la como “um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições político-jurídicas”.

Para Timm e Guarisse⁷⁷³, “isso significa usar as ferramentas da ciência econômica para compreender, explicar e resolver problemas jurídicos”. Em outras palavras, a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação de instrumentos “[...] analítico e empírico da economia [...], para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica [...] do próprio ordenamento jurídico”.⁷⁷⁴ Já segundo Yeung,⁷⁷⁵ a Análise Econômica do Direito “[...] constitui-se em um instrumental de observação da realidade social; na verdade, trata-se de um poderoso instrumental, pois tem capacidade preditiva do comportamento e da organização dos indivíduos em sociedade”.

Neste ponto, constata-se que diversos foram os autores – economistas e juristas – a darem importantes contribuições para a edificação dessa nova base de solução para os problemas jurídicos (AED) – dentre estes Richard Posner –, já que, nesta visão teórica, as leis e as decisões jurídicas adquirem um papel de destaque, até então inobservado pela teoria do direito tradicional. Assim, o modelo em estudo propõe que as técnicas jurídicas para solução de conflitos não sejam empregadas isoladamente, mas com o uso de aportes teóricos de outras áreas do saber, a fim de, com isto, alcançar respostas mais completas, eficientes e vinculadas à realidade social. Neste aspecto, Santos⁷⁷⁶ ressalta que:

A fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática. Os temas são galerias por onde os conhecimentos progridem ao encontro uns dos outros. Ao contrário do que sucede no paradigma actual, o conhecimento avança à medida que o seu objecto se amplia,

⁷⁷² SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10-11.

⁷⁷³ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 159.

⁷⁷⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 18, jan./jun. 2010.

⁷⁷⁵ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista (lei nº 13.467/2017). **Revista Estudos Institucionais – Journal of Institutional Studies**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 895, 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227/157>. Acesso em: 29 jan. 2021.

⁷⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 76.

ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces.

Isto posto, nota-se que o movimento da AED, principalmente na década de 1980, enfrentou um período de maturação e consolidação de seus fundamentos, ao debatê-los com o tradicional saber jurídico, neste ponto ainda o norte-americano. Essa reação aconteceu sob a forma de conferências, para apontar, efetivamente, quais as contribuições da perspectiva econômica para a teoria do direito.⁷⁷⁷ Nesse tema, Posner – ao defender a análise econômica do direito – “enfrenta todos os adversários das mais diversas correntes; filósofos, jusnaturalistas, liberais, economistas da escola austríaca, economistas de perfil neoclássico que entendem que o modelo posneriano é simplista”⁷⁷⁸. Convém esclarecer que, estas discussões que ocorreram sobre os fundamentos estimularam o aparecimento de outras escolas de pensamento, acerca da AED. Para Salama:⁷⁷⁹

Tendo surgido nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e há também considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental.

No Brasil, nos anos de 1980, criou-se, a contrário sensu, um embate entre o direito e a economia, impulsionado, em especial, pela avalanche de planos econômicos e pela publicação da Constituição Federal de 1988, somados à ligação íntima entre o sistema jurídico, econômico e político e julgamentos arcaicos proferidos pelos tribunais, que só aumentavam as contas públicas, isto sem contar a politização das decisões judiciais. Porém, o mundo mudou e a *Law and Economics*, inclusive em *terrae brasilis* (como diria Streck), nasceu como resposta a todas estas – e outras –

⁷⁷⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: Analyse économique du droit.

⁷⁷⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: Analyse économique du droit. p. 12.

⁷⁷⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita - EVG, 2017. p. 20-21, 2013. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

questões, já que é “[...] inegável que, à medida que um operador do direito consiga entender a lógica e o racional econômico [...] sua tarefa se simplifica”.⁷⁸⁰ Nos dizeres de Porto e Garoupa:⁷⁸¹

Todos esses acontecimentos chamaram a atenção para a necessidade de gerir a função estatal de maneira mais eficiente no Brasil. Uma maneira de buscar essa maior eficiência das contas públicas, conforme argumentado à época, foi a difusão de diálogos entre o Direito e a Economia. Apesar de essa difusão ter se dado de maneira incipiente, a princípio, e bastante gradual, é possível observar tendência crescente na disseminação do campo da AED entre acadêmicos e profissionais do direito de modo geral. Isso indica que a área ainda tem bastante espaço para crescer no meio jurídico brasileiro.

Assim, deu-se o impulso inicial para a recepção da AED no contexto brasileiro, visto que passaram a aplicar os princípios econômicos aos problemas jurídicos. A exemplo dos Estados Unidos, as primeiras publicações nacionais sobre Análise Econômica do Direito versaram, também, sobre o Direito Concorrencial, o Direito Contratual e o Direito Societário, porém, não tiveram disseminação imediata.⁷⁸² Nota-se, ainda, que, longo foi o percurso para que a metodologia econômica alcançasse posição destaque em nível institucional, pois foi:

Somente a partir de 2005 surgiram as primeiras iniciativas institucionais no país. Neste ano foi produzido o primeiro programa de pesquisa sobre o tema; a primeira associação estadual de direito e economia foi criada; houve o lançamento de coletâneas, assim como a inclusão da disciplina em alguns cursos de graduação e, ainda mais, de pós-graduação. Possivelmente, a formação dos pesquisadores na década anterior colaborou para a ampliação das redes de pesquisa e fez com que os interessados no tema pudessem dar continuidade ao debate. Inclusive, surgiu em 2007 a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), oficializada em carta de princípios desde 2006. Na esteira desse crescimento, outras associações surgiram ao longo dos anos, além de, em 2007, o Brasil ter sediado pela primeira vez a Conferência Internacional da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia (ALACDE). Em 2010, foi inaugurado o primeiro periódico brasileiro dedicado ao tema, o *Economic Analysis of Law Review*⁴², que já está na sua 9ª edição. Em 2011, o Supremo Tribunal Federal sediou evento denominado “Direito, Economia e

⁷⁸⁰ PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005. p. 10-11.

⁷⁸¹ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 10.

⁷⁸² PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

Desenvolvimento”, organizado pelo ministro Ricardo Lewandowski para discutir a interseção entre Direito e Economia e que contou com a participação de renomados advogados, jornalistas, economistas e pesquisadores em geral. Esses e outros casos indicam o desenvolvimento positivo da disciplina ao longo dos últimos anos.⁷⁸³

Conforme se nota, o movimento da Análise Econômica do Direito – ou Direito e Economia – se consolidou, ganhou força e possibilitou a ampliação das premissas fundamentais, ainda não contempladas nas obras vanguardistas. Mas isso foi possível, sobretudo, devido ao surgimento de outras correntes no centro do movimento, dentre as quais encontram-se a Escola de Chicago, a Escola de Yale, a Escola da *Public Choice* e a Nova Economia Institucional. As mais importantes e conhecidas, sem dúvidas, são as Escolas de Chicago – com sua visão descritiva dos fenômenos – e a de Yale – normativista ou prescritiva, no aspecto de propor mudanças para o aperfeiçoamento das normas.⁷⁸⁴

Conquanto, para finalizar esta seção, conforme identificou-se no parágrafo anterior, observa-se que é possível investigar a Análise Econômica do Direito segundo duas dimensões, a positiva e a normativa. Neste contexto, o movimento da AED, de acordo com “[...] os objetivos teóricos da ciência econômica usados nas formulações sobre o direito”,⁷⁸⁵ divide-se em duas correntes, quais sejam, a Análise Econômica Positiva e a Análise Econômica Normativa.

Assim, Posner, da mesma maneira, utiliza a economia para edificar uma teoria descritiva (explicativa), ao considerar que se pode construir os institutos jurídicos por meio da maximização coordenada de preferências individuais.⁷⁸⁶ Propõe, ainda, uma teoria normativa, ao avaliar “[...] como as normas legais e sanções afetam o

⁷⁸³ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020. p. 09.

⁷⁸⁴ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 19-30.

⁷⁸⁵ GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a análise econômica do direito no estado constitucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 2, p. 134, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista2/ResumoDiscussao.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

⁷⁸⁶ HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 23., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: UFSC, 2014. p. 314-333. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207>. Acesso em: 20 jul. 2019.

comportamento dos indivíduos e, utilizando-se dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas jurídicas mais eficientes”.⁷⁸⁷ De outra forma:

A análise positiva visa descrever e avaliar a eficiência de um determinado instituto, inquirindo sobre as consequências econômicas de diferentes arranjos normativos existentes. Em outras palavras, a análise positiva adota a perspectiva de um cientista, avaliando fenômenos sem propôr alterações. Já a análise normativa permite determinar a melhor forma de reger comportamentos e interpretar princípios e normas, adotando a perspectiva de um formulador de políticas públicas, com o objetivo de determinar como o sistema pode ser reformado para atingir fins predeterminados.⁷⁸⁸

Segundo Salama,⁷⁸⁹ em síntese, a AED tem, fundamentalmente, duas esferas de estudos – a positiva e a normativa –, uma que se ocupa de tentar descrever empiricamente a realidade, e outra que vai além, ao realizar, também, julgamentos prescritivos. Logo, a metodologia econômica positiva tem por objetivo demonstrar como as normas jurídicas evoluíram de maneira a incorporar eficiência à sociedade, o que diminuiu o custo das transações e incentivou as relações econômicas. A normativa, por sua vez, busca a reformulação ou adequação do direito, por meio dos conhecimentos econômicos, para, assim, alcançar os fins últimos, quais sejam, a maximização da riqueza, utilidade ou bem estar social.

Noutro ponto de vista, a ideia da AED positiva, em Gico Junior,⁷⁹⁰ é que, por investigar o mundo dos fatos, por meio de métodos científicos, esta auxiliará o interprete a compreender o que é a norma jurídica, sua racionalidade e as prováveis consequências da aplicação de uma, ou outra, norma, já que a abordagem positiva é, acima de tudo, descritiva/explicativa, com resultados previstos antecipadamente. A conduta normativa – cujos valores não são passíveis de verificação empírica, portanto,

⁷⁸⁷ HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 23., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: UFSC, 2014. p. 319. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁷⁸⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 159-160.

⁷⁸⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. *In*: Posner, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** Tradução Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010. Tradução de: *Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?* p. 10.

⁷⁹⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

de apuração científica – assessorará o profissional jurídico a escolher, entre todas as alternativas disponíveis, a mais eficiente, ou seja, selecionar o melhor arranjo institucional já previsto.

Conforme se nota, a busca do movimento em estudo é por transformar o direito em uma ciência eminentemente racional, por meio da utilização dos princípios, categorias e métodos próprios do pensamento econômico, o que faz por intermédio de duas miradas de análises. Assim, primeiramente, no olhar positivo examina-se o impacto das regras de direito no comportamento dos agentes econômicos, para averiguar – em face das possíveis decisões e do bem estar social –, qual delas assumiria o melhor critério econômico para a maximização de riqueza. Sob o ponto de vista normativo, por vez, as verificações recaem sobre as prováveis vantagens e consequências da aplicação de normas jurídicas perante o bem estar das pessoas.⁷⁹¹

Para complementar, a corrente positivista, basicamente, ocupa-se de descrever – ainda que hipoteticamente e com base em modelos econômicos – como os juízes, em especial da *common law*, decidem, ou ao menos deveriam decidir, sempre de acordo com as regras de maximização da satisfação, visto que as pessoas – inclusive os profissionais do direito – ao almejar a maximização de riqueza, tornariam as relações – qualquer que seja – naturalmente mais eficientes. Logo, esta vertente – por ser meramente descritiva – tem por particularidade abordar como o sistema jurídico, em suas interpretações, se mostra para a sociedade, pois, trata de relatar os efeitos das normas vigentes e as consequências socioeconômicas desejáveis e indesejáveis decorrentes das mesmas.⁷⁹²

Ao contrário, a análise econômica normativa direito, em suas observações, se compromete não apenas com a descrição da realidade jurídico-institucional, mas revela e prescreve modificações normativo-institucionais necessárias, com a ajuda de modelos teóricos econômicos e, mediante a adoção de um fim último a instituir-se – no caso a maximização da riqueza, bem-estar ou utilidade – com o que se estabelece incentivos aos indivíduos, o que os conduzem a comportamentos eficiente. Ou seja, a

⁷⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a *law and economics***. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 05-144.

⁷⁹² GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a análise econômica do direito no estado constitucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 2, p. 122-151, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista2/ResumoDiscussao.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

eficiência torna-se a finalidade primordial do Direito.⁷⁹³ Em razão disto, “[...] os trabalhos normativistas de *Law and Economics* se caracteriza a noção de eficiência como referencial a avaliar a adequação das normas vigentes”.⁷⁹⁴

Nesta oportunidade, importante pontuar que, segundo Leite, ao transportar o entendimento destas duas áreas da AED para a compreensão da teoria da decisão judicial, conclui-se pela possibilidade de exame da eficiência das decisões jurídicas. Com isso, um dos pontos a compreender-se é a oportunidade de se considerar que a decisão escolhida é um incentivo para as outras pessoas conduzirem suas ações, quando envolvidas em alguma lide.⁷⁹⁵ Nas palavras de Lorenzetti, “é dizer que deve ser estudado claramente o tipo de regra de conduta que se está criando pela decisão, e como será observado pelos cidadãos do futuro”.⁷⁹⁶

Destaca-se, também, que, tanto na esfera da AED positiva, quanto na normativa, é usual direcionarem as pesquisas por meio da utilização de dados empíricos, por exemplo, para antecipar condutas ou analisar os efeitos de certas normas ou políticas públicas, mas, também, justificar a criação ou alteração de leis e políticas públicas. Considerações estas que, particularmente, afirmam a cientificidade desta corrente de pensamento filosófico que, em especial, dá suporte teórico à construção desta pesquisa.

Sob este aporte, o estudo vincula-se à dimensão descritiva da teoria, pois esta tem por fim ocupar-se “[...] das repercussões do Direito no mundo real dos fatos”,⁷⁹⁷ e, então, ajudará no entendimento e, posterior proposta, sobre como os agentes econômicos – os juízes – guiam seu comportamento diante de diferentes

⁷⁹³ ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-28112008-102625/en.php#:~:text=A%20hip%C3%B3tese%20testada%20ainda%20inclui,riqueza%20ou%20bem%20Destar%20sociais>. Acesso em: 01 fev. 2021.

⁷⁹⁴ ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. p. 19. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-28112008-102625/en.php#:~:text=A%20hip%C3%B3tese%20testada%20ainda%20inclui,riqueza%20ou%20bem%20Destar%20sociais>. Acesso em: 01 fev. 2021.

⁷⁹⁵ LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁷⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 186.

⁷⁹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

possibilidades e possíveis consequências – fundamentam as decisões judiciais – na direção da efetivação de direitos – aqui o direito ao desenvolvimento – e não maximização financeira e riqueza material. Após delinear – histórico-conceitualmente – a abordagem da Análise Econômica do Direito cabe, por fim, entender suas premissas fundamentais. Temática abordada na sequência.

3.3 Premissas Teóricas da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito, que, em síntese de conceituação, é uma área do conhecimento que tem o objetivo de aproximar as diferentes ciências do direito e da economia, ao empregar ferramentas teóricas e práticas econômicas na expansão do alcance, compreensão, aplicação e avaliação das normas jurídicas, de modo a correlacioná-las às prováveis (melhores) consequências – interpretação – para a sociedade. Logo, a AED nada mais é que a utilização de uma metodologia econômica, com vistas a entender as implicações fáticas – e a própria lógica – do ordenamento jurídico, ou seja, o mundo do direito e o direito no mundo.⁷⁹⁸

Para tanto, o método teórico que a AED emprega para interpretar o comportamento dos agentes econômicos na sociedade baseia-se, preliminarmente, na premissa de que as escolhas/decisões, ao serem tomadas, consideram os incentivos – custos e benefícios – desta ação. De fato, os indivíduos são seres racionais e “[...] tendem a tomar quaisquer tipos de decisões, adotando como finalidade a realização dos seus próprios interesses, e como critério de escolha os incentivos fornecidos pelo ordenamento, traduzidos em normas jurídicas”.⁷⁹⁹

A partir desta enunciação, a pesquisa no campo da Análise Econômica do Direito requer, no processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas, sejam observadas algumas premissas econômicas basilares, quais sejam: o individualismo metodológico e conduta racional maximizadora, o mercado, a eficiência e, ao final, a teoria dos jogos. Assim, cumpre, agora, avançar no estudo destes argumentos.

⁷⁹⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

⁷⁹⁹ GONÇALVES, Jéssica. Análise econômica do direito: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1400, 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 03 fev. 2021.

3.3.1 Individualismo metodológico e conduta racional maximizadora

Na teoria da escolha racional, o atuar com racionalidade parte do pressuposto de que as escolhas dos agentes econômicos são determinadas pela utilidade que esta lhe proporcionará, ou seja, a opção será determinada pela alternativa em que os benefícios esperados superarão os custos envolvidos. Sendo assim, uma escolha racional baseia-se na avaliação que os indivíduos fazem do proveito de cada situação ou objeto, de acordo com as informações que possui e a sua capacidade intelectual. Então, a escolha, considerada racional e eficiente para a sociedade – ou ao menos para a maioria dos indivíduos – liga-se as preferências individuais, já que os sujeitos decidem de modo a maximizar seus interesses.⁸⁰⁰ Para Rodrigues:⁸⁰¹

[...] que a Economia faz é assentar a sua análise naquele que parece ser o traço comum à actuação da generalidade dos seres humanos: a tentativa de ter uma vida tão satisfatória quanto possível, dados os constrangimentos com que se debatem. É nisso, afinal, que consiste o pressuposto da escolha racional.

Portanto, a compreensão do comportamento coletivo, primeiramente, requer o entendimento da prática comportamental individual. Destarte, precisa-se da análise do indivíduo em sua singularidade e da ação racional, para, com isso, considerar as interações coletivas. Por conseguinte, este racional tem o sentido de que os sujeitos agem de “[...] maneira a aumentar ao máximo suas satisfações, de acordo com as informações que eles possuem no dado momento, recaindo sua escolha sobre a alternativa que lhe traga maior bem-estar. Portanto, o homem age em interesse próprio”.⁸⁰² Ponquanto, toda esta racionalização tem como pressuposto central o individualismo metodológico, pois todo comportamento econômico justifica-se pelas decisões dos agentes envolvidos, fator que legitima a eficiência, já que esta seria a soma das preferências das pessoas.

⁸⁰⁰ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

⁸⁰¹ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 25.

⁸⁰² GUASQUE, Bárbara. **Análise econômica do direito e as decisões judiciais**: o judiciário como uma variável econômica. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2018. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/88187/1/tese_barbara_guasque.pdf. Acesso em: 04 fev. 2021.

Em verdade, no individualismo metodológico, como fundamento da AED, o ponto de partida é a ação humana individual, pois considera que as normas coletivas precedem à soma das respostas dos indivíduos. Para Rodrigues,⁸⁰³ o individualismo metodológico consistente na hipótese de que os comportamentos coletivos (de empresas, Estado, ou qualquer outra instituição) são analisados como resultado do conjunto de ações de todos os membros destas comunidades, ou seja, as escolhas dos sujeitos são sempre a unidade de apreciação fundamental, para a Análise Econômica do Direito. Em Gico Junior:

[...] essa metodologia para se explicar e compreender comportamentos coletivos, primeiro deve-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender. [...]. Adotar o individualismo metodológico não significa que a AED pressupõe necessariamente que os indivíduos não são altruístas no sentido de não levarem em consideração em suas decisões o bem-estar de outros. [...]. Da mesma forma, o individualismo metodológico não implica necessariamente os indivíduos tomarem suas decisões isoladamente de seus pares. A ideia de que indivíduos tomam decisões dentro de seu contexto social levando em consideração a potencial reação dos demais agentes [...].⁸⁰⁴

Com efeito, no individualismo metodológico, ou melhor, na “[...] visão de que fenômenos sociais podem ser precisamente explicados se for possível provar que estes fenômenos resultam de estados intencionais que motivam os atores individuais”,⁸⁰⁵ a conduta metodológica individual presume que os indivíduos racionalmente econômicos “[...] maximizam sua satisfação não somente em situações de mercado, mas também em interações fora do mercado”.⁸⁰⁶ Logo, o pressuposto teórico aqui em estudo afasta a ideia de planificação centralizada, ao embasar-se no

⁸⁰³ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

⁸⁰⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 24-25, jan./jun. 2010.

⁸⁰⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 150-151. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁸⁰⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 151. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

exame das ações humanas individuais, visto que os sujeitos são os melhores conhecedores do valor que os bens dispõem, ao tratar, racionalmente, a maximização do seu bem-estar, o que carece de respeito.⁸⁰⁷

Todavia, “[...] não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político”,⁸⁰⁸ visto que o primeiro não parte de certo grupo de valores, referentes ao segundo, para a análise de problemas, mas, simplesmente, pressupõe “[...] que os indivíduos não são altruístas no sentido de não levarem em consideração em suas decisões o bem-estar de outros”,⁸⁰⁹ de modo a, por sua vez, assumir que os comportamentos coletivos tomam por base a escolha individual, voltada, racionalmente, à maximização do bem-estar.

Desta maneira, ao presequir o propósito da escolha, cada sujeito organiza suas opções – ao deixar de lado algumas, é claro –, pois compara os custos da decisão a ser tomada (custo de transação), visto que, os bens existentes não são capazes de atender, totalmente, a todas as necessidades dos membros da sociedade.⁸¹⁰ Por consequência, “cada indivíduo está condenado a escolher, porque os bens são escassos, e não há possibilidade de satisfazer todas as preferências”.⁸¹¹ Logo, num mundo onde há escassez de recursos, é preciso que os sujeitos façam escolhas, dado que, “se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem”.⁸¹²

⁸⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho.

⁸⁰⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 25, jan./jun. 2010. A título de exemplo, o autor explica que: “Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios do individualismo metodológico, isto é, compreendê-lo e explicá-lo requereria a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes. Não obstante, a confusão do individualismo metodológico com o individualismo político (i.e. o liberalismo no sabor *laissez-faire*) é muito comum tanto entre economistas e juristas quanto entre os críticos do método”.

⁸⁰⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 25, jan./jun. 2010.

⁸¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho.

⁸¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 194.

⁸¹² SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é ‘direito e economia’? **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, Salvador, n. 160, p. 07, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>. Acesso em: 03 fev. 2021.

Em Gico Junior,⁸¹³ “a escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes”. Então, para o método econômico, os recursos dispostos na sociedade são escassos, se não o fossem, não existiria problema econômico, posto que todos seriam capazes de satisfazer suas necessidades, independente de quais fossem elas. Alias, esta mesma concepção – com roupagem distinta – também motiva o direito e, assim, “[...] se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto próprio*” (grifos do autor).

Porém, para Lorenzetti,⁸¹⁴ o homem racional proposto pela AED é diverso do homem razoável delineado pelo Direito. Neste cenário, a razoabilidade tem relação com aquele definido “[...] conforme os *standards* e princípios jurídicos”, já o agente racional, por sua vez, determina suas ações tendo por base “[...] as consequências que tais ou quais escolhas no mercado têm para o conjunto escasso de bens disponíveis. Baseia-se no modelo de um homem muito cuidadoso e prudente [...]”, em outras palavras, o homem racional estabelece suas ações segundo a maximização da sua utilidade, em face da escassez de recursos. Onde, utilidade, a seu turno, é “satisfação que o indivíduo retira de uma dada situação, não tendo uma conotação exclusivamente material [...]”.⁸¹⁵ Assim, é certo que, os atores racionais maximizam seu próprio interesse, ou seja, as pessoas respondem às ambições e deduzem as predicações sobre o que os homens farão. Deste modo são, também, as leis.⁸¹⁶

Outro ponto de destaque para teoria juseconômica está no fato de os agentes econômicos definirem suas condutas baseadas em incentivos do ambiente em que se inserem, pois os sujeitos buscam maximizar seus benefícios, por meio de escolhas que minimizem seus custos e aumentem suas vantagens.⁸¹⁷ Resumidamente, pessoas respondem a incentivos – ideia central, também, do direito –, já que, “todo o

⁸¹³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

⁸¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 196-197.

⁸¹⁵ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 13.

⁸¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 196-197.

⁸¹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é ‘direito e economia’? **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, Salvador, n. 160, p. 01-17. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>. Acesso em: 03 fev. 2021.

direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos”.⁸¹⁸ Observa-se, com isto, que a ciência econômica forneceu – ao direito – uma teoria científica que antevê o impacto das sanções legais sobre o comportamento das pessoas, visto que, para os economistas, as sanções são semelhantes aos preços e as pessoas respondem a elas, em grande medida, como reagem aos preços.⁸¹⁹ Diante disto, incontáveis são os exemplos:

Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas. As pessoas tomarão mais ou menos cuidado se forem ou não responsabilizadas pelos danos que causarem a terceiros. Juízes serão mais ou menos cautelosos em seus julgamentos se tiverem de motivar mais ou menos suas decisões. Agentes públicos trabalharão mais ou se corromperão menos se seus atos forem públicos. Fornecedores farão contratos mais ou menos adequados se as cláusulas abusivas forem ou não anuladas pelo Judiciário.⁸²⁰

Adequado, ainda, destacar que, para Posner,⁸²¹ as normas jurídicas não são as únicas a incentivar a conduta humana, mas, também o fazem os símbolos (sinais) e as normas sociais, visto que “[...] a atitude manifesta de uma pessoa em relação aos símbolos diz aos outros algo sobre seu caráter. As pessoas confiam muito nessa informação para decidir realizar ou não comportamentos cooperativos em todos os domínios de suas vidas”, já que, ao praticarem relações sociais, as pessoas emitem diversos sinais, a fim de facilitar as suas interações, do que surgem inúmeras normas sociais. Assim, muitos adptos da AED, recentemente, tentam compreender quais os hábitos e costumes que, igualmente, induzem e regulam condutas humanas, pois, a indução de comportamentos tidos como atrativos pode alterar as chamadas normas sociais e, a partir disto, aperfeçoar o modelo de escolha racional típico do Direito e Economia.⁸²²

⁸¹⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

⁸¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

⁸²⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

⁸²¹ POSNER, Eric. Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. Tradução José Rodrigo Rodrigues. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 235.

⁸²² SALAMA, Bruno Meyerhof; FOSS, Maria Carolina; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Notas de Rodapé. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 236.

A partir das preposições já declinadas, cabe, agora, explicar que a maximização de escolhas racionais, por sua vez, também decorre do individualismo, visto que, racionalmente, elas estabelecem diferenças entre os benefícios almejados e os custos de suas condutas. Assim, “[...] a adoção do conceito de maximização racional que, [...], se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos”.⁸²³

Como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora, eles maximizam o seu bem-estar.⁸²⁴

Assim, os agentes econômicos – durante o processo de escolha racional da conduta maximizadora de bem-estar – admitem um conjunto de preferências completas, estáveis e transitivas. Isto quer dizer, respectivamente, que diante das opções dispostas, os sujeitos são capazes de indicar aquela que preferem,⁸²⁵ ou seja, não as opções disponíveis, as pessoas sempre serão capazes de escolher uma delas. Nesta sequência, transitividade pressupõe coerência e “[...] significa que se o agente prefere A a B e B a C, então, ele deve preferir A a C, do contrário, jamais seria capaz de realizar uma escolha, ficaria trocando de opção eternamente”.⁸²⁶

Em terceiro lugar, as preferências são estáveis, pois, geralmente, não mudam e não são afetadas pelo comportamento de outras pessoas. Ademais, a estabilidade institui que, se as pessoas mudarem seu comportamento, é porque algo ao seu redor mudou e não, necessariamente, suas preferências. Diante disto, “se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada”.⁸²⁷

⁸²³ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

⁸²⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 22.

⁸²⁵ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

⁸²⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 25, jan./jun. 2010.

⁸²⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22, jan./jun. 2010.

Por fim, pela ótica juseconômica, os indivíduos são capazes de realizar um cálculo racional, para escolher suas preferências de acordo com aquelas que melhor atender as suas necessidades e satisfação. Porém, isso não significa que todo indivíduo irá, realmente, se comportar desta maneira.⁸²⁸ Entretanto, observa-se que – o agente econômico –, ao escolher condutas preferenciais, conseqüentemente, despreza as demais alternativas e paga, dessa forma, pelo custo de oportunidade, ou seja, faz referência “[...] ao custo econômico de uma alternativa que foi abandonada”.⁸²⁹ Assim, o processo de maximização racional de escolhas prediletivas leva – os indivíduos – a algo alcunhado como procedimento de decisões marginalistas. Isso quer dizer “[...] que nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos”.⁸³⁰

Na continuação, vale avançar, ainda que sucintamente, para outra premissa teórica, que justifica a Análise Econômica do Direito. Deste pressuposto é que estudar-se-á o mercado e seus elementos fundamentais.

3.3.2 O mercado: noções fundamentais

Num mundo repleto de mudanças, não é estranha a necessidade de aprimoramento e adaptação do Direito, o que se apresenta como uma exigência diante da atual sociedade contemporânea. Assim, ao passo que o direito ambiciona a justiça e examina questões sob o viés da legalidade; a economia tem a preocupação de alocar recursos de maneira eficiente para os indivíduos e para as instituições, bem como para a comunidade em geral. A partir destas singelas asserções, observa-se que o direito compõe uma infraestrutura básica, para a economia conceituar – quase que unificadamente – importantes institutos da sociedade, visto que esta última estuda – como o direito –, essencialmente, o comportamento humano – incentivado a

⁸²⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho**: una construcción teórica. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

⁸²⁹ “This term refers to the economic cost of an alternative that has been foregone”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016. p. 30.

⁸³⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é ‘direito e economia’? **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, Salvador, n. 160, p. 08, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>. Acesso em: 03 fev. 2021.

escolher racionalmente – diante da imprescindibilidade de satisfação de suas necessidades e de escassos recursos.⁸³¹

Neste contexto, importante destacar que, para compreender, também, o comportamento das pessoas, é necessário, ainda, identificar em qual ambiente o processo de escolha racional acontece, ou seja, em um cenário hierárquico ou mercadológico. Na primeira conjuntura, as interações sociais são geridas por regras de comando – como nas relações de emprego, familiar ou numa hierarquia militar – e resultam em limitada liberdade de escolha. Já na segunda situação, as condutas humanas resultam de uma interação livre de barganha, ou melhor, um *lócus* – denominado mercado – onde os agentes econômicos são autônomos para realizar trocas⁸³² de bens escassos.⁸³³ Nas palavras de Rodrigues:⁸³⁴

[...] há duas formas elementares de interação social: o exercício da autoridade e a livre negociação. A autoridade permite a alguém ditar unilateralmente o resultado da interação: decidir quem trabalha, em quê e de quê rendimento usufrui. [...]. A autoridade surge em muitos contextos e pode residir em agentes econômicos muito diversos: a autoridade do Estado sobre os cidadãos, a autoridade do superior hierárquico sobre seus subordinados, a autoridade dos pais sobre os filhos, [...]. Mas não há igualmente sociedade em que a interação social não tome, em muitos casos, a forma de livre negociação entre as partes ou, como é habitual chamar-lhe em Economia, de *mercado*. (grifo do autor).

Nesta linha de raciocínio, pode-se conceituar o termo mercado, segundo Farina,⁸³⁵ como a junção “[...] de compradores e vendedores que interagem, [...] um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas. [...] uma forma de governar as

⁸³¹ ESPÍNDOLA, Isabela Battistello; RISTER, Carla Abrantkoski; FERREIRA, Gustavo Assed. Apresentação. In: ESPÍNDOLA, Isabela Battistello; RISTER, Carla Abrantkoski; FERREIRA, Gustavo Assed (org.). **Novos direitos: direito e economia**. São Carlos: CPOI/UFSCar, 2018. p. 05-07.

⁸³² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. Para o autor, troca, em sentido amplo, é a transferência de bens ou fornecimento de um serviço através de uma contrapartida semelhante, ou mesmo em moeda corrente. Em sentido, mais, estrito pode ser empregada em sentido jurídico de contrato nominado mediante o qual duas partes, reciprocamente, se dão uma coisa a outra.

⁸³³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

⁸³⁴ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 19.

⁸³⁵ FARINA, Elizabeth M.M.Q. Prefácio. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 16-18.

transações econômicas, é uma estrutura de governança”. Em Gico Junior,⁸³⁶ para juseconomia, “[...] mercado significa pura e simplesmente o contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação”. Ou, ainda, uma denominação econômica “[...] para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que o detêm (*oferta* [...]) e os que estão interessados em utilizá-lo (*procura* [...])”⁸³⁷ (grifos do autor).

Mankiw,⁸³⁸ por sua vez, aduz que “[...] um mercado é um grupo de compradores e vendedores de um determinado bem ou serviço. Os compradores, [...], determinam a demanda pelo produto e os vendedores, [...], determinam a oferta do produto”. De outra maneira, mercado “[...] é qualquer situação em que pessoas que têm bens ou serviços para oferecer procuram apresentar-se frente a pessoas interessadas em obtê-los, [...]”.⁸³⁹ Já na concepção de Yeung,⁸⁴⁰ em um mercado – especialmente os competitivos, os “[...] consumidores agirão de maneira autônoma e livre, fazendo suas escolhas ótimas, [...]. Ao mesmo tempo, as firmas farão suas escolhas ótimas produzindo quantidades em que a receita marginal iguala seu custo marginal [...]”.

Entretanto, é importante esclarecer – sobre o termo mercado – que, mesmo que uma determinada troca aconteça em ambiente mercadológico ou se uma alocação específica resulta desta mesma dinâmica, isso não quer dizer que, necessária ou suficientemente, as relações envolvam valores pecuniários, pois pode-se pensar em outros mercados, como o de ideias, políticos e, até mesmo, de sexo. Outro ponto significativo, é que o mercado funciona como instrumento de planificação econômica descentralizada, visto que o resultado final das alocações não pode ser previsto antecipadamente, mas somente após as complexas interações econômicas entre os sujeitos. Assim é porque, nesse contexto, as

⁸³⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 23, jan./jun. 2010.

⁸³⁷ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 19.

⁸³⁸ MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2014. p. 64.

⁸³⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. p. 91.

⁸⁴⁰ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

relações se comportam de maneira diferenciada de outras estruturas sócio-econômicas e não indicam, assim, previamente, a aparência distributiva final.⁸⁴¹

Então, diante do movimento do mercado, assinala-se que, para alguns indivíduos obterem os recursos – denominados escassos – outros terão que cedê-los. Esta dinâmica orientar-se-á pelo preço do bem em negociação, assim, conseqüentemente, “[...] preço é o incentivo que leva o agente a comprar o recurso ou deixar de o fazer”.⁸⁴² Logo, nos mercados, indivíduos buscam maximizar seus benefícios, ao realizar escolhas que minimizem seus custos, “[...] isso quer dizer que consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair”.⁸⁴³

Desta maneira, observa-se que, de modo geral, o preço – nas relações sociais entre agentes racionais – é condição determinante. Na concepção microeconômica, os mercados têm como uma das principais características o fato que todos os indivíduos são tomadores de preços.⁸⁴⁴ Nesta situação, diz-se que existem forças comparáveis de demanda e oferta, onde, a longo prazo, as interações dinâmicas fazem “[...] com que consumidores e empresas, sem intervenção externa de qualquer tipo, engajem em processos livres de barganha, o qual leva ao fim e ao cabo ao equilíbrio de mercado”.⁸⁴⁵ Há, assim, convergência entre a oferta e a procura, pois, se os preços aumentam, a quantidade oferecida cresce e diminui, com isto, a procura pelo recurso.⁸⁴⁶

Conseqüentemente, a partir da situação descrita, enuncia-se as leis da oferta e da procura. Para a primeira, “[...] quanto maior o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais vendedores estarão dispostos a vender (quantidade

⁸⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho.

⁸⁴² RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 20.

⁸⁴³ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

⁸⁴⁴ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

⁸⁴⁵ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

⁸⁴⁶ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

oferecida)".⁸⁴⁷ Na procura, em contrapartida, "quanto menor o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais compradores estarão dispostos a comprar".⁸⁴⁸ Em vista disto, em Mackaay e Rousseau:⁸⁴⁹

Os preços praticados nos mercados formam, pois, um sistema de sinais que permite a fornecedores e consumidores ajustarem seus planos de forma coordenada, levando aqueles a produzir e vender na medida em que os consumidores se mostrem propensos a consumir. Tal coordenação, resultante das ações de numerosas pessoas que não se concertam, sem nenhuma planificação, inspirou Adam Smith a imaginar a mão invisível: 'cada um busca seu ganho e, dessa forma, como em outros casos, é levado pela mão invisível a promover um fim que não faz parte de suas intenções'.

A partir desta compreensão, outra concepção fundamental entre os economistas é o hábito de acreditar, profundamente, que cada fenômeno social se caracteriza por um equilíbrio nas interações dos atores, maximizadores de utilidade. Em verdade, "[...] um equilíbrio é um padrão de interação que persiste, a menos que seja perturbado por forças externas"⁸⁵⁰ (tradução nossa).

Noutras palavras, quando estas relações sociais ocorrem dentro do mercado, o comportamento racional maximizador dos sujeitos fará com que estes realizem barganhas até que os custos associados a cada troca sejam equivalentes aos benefícios obtidos, momento em que não se fará mais nenhuma troca ou seja, o mercado estará em estabilidade. Então, equilíbrio é um conceito específico, usado para descrever os possíveis resultados de mudanças na estrutura de incentivos dos indivíduos. Assim, diante a existência de possibilidade de permuta (mercado), os agentes econômicos negociarão enquanto lhes seja benéfico e até que alcancem o equilíbrio.⁸⁵¹

⁸⁴⁷ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 21.

⁸⁴⁸ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 20.

⁸⁴⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. p. 99-100.

⁸⁵⁰ "[...] an equilibrium is a pattern of interaction that persists unless disturbed by outside forces". COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016. p. 13.

⁸⁵¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

Outra informação importante faz referência ao fato de os mercados reduzirem os custos de transação, dado que estes “[...] aparecem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorre em virtude das constringências que impedem os atores do mercado de concluí-la”.⁸⁵² Assim, ao minimizar os custos da transação gera-se ganhos reais para todos os envolvidos, e não somente lucros para alguns deles e perdas para os outros. Neste sentido, os ganhos se perfazem no mercado, de forma que ofertante e adquirentes buscam seus próprios interesses nas trocas, ou seja, quanto mais pessoas envolvidas num mercado, maiores serão os ganhos. Esta dinâmica, modernamente, denomina-se concorrência. Esta, sinteticamente, caracteriza-se pela comparação de preços, pela inovação das formas de produção, pela natureza e qualidade dos produtos, bem como, pela maneira de apresentá-los aos clientes.⁸⁵³

Importante frisar que, a ideia de mercado, progressivamente, evolui e, constantemente, inova suas designações, visto que, aquele que antes estabelecia-se em um local físico e regionalizado, com o fim de, desta maneira, garantir as leis da oferta e da procura, reduzir custos e facilitar a comunicação, dinamicamente, diluiu-se na, hodierna, ausência de necessidade de ancoragem física e geográfica. O mercado agora é amplo, largo, abstrato, internacional, porquanto, os concorrentes não mais se encontram, necessariamente, estabelecidos lado a lado. Contudo, possuem arranjos institucionais variados e os clientes, por meio do acesso às informações – atualmente rápidas e obtidas por meios diversificados – tornam a concorrência mais atuante e viva.⁸⁵⁴

Por fim, como mencionou-se acima, a ideia de mercado não abrange somente relações que envolvam pecúnia, sendo, todavia, plenamente possível a utilização do vocábulo para outros bens juridicamente tutelados, como a vida, a liberdade ou a segurança, ainda que pareça estranho. Por conseguinte, “as condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica

⁸⁵² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*. p. 93.

⁸⁵³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*.

⁸⁵⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: *Analyse économique du droit*.

parecida”.⁸⁵⁵ Como exemplo, Veljanovski,⁸⁵⁶ refere-se à vida como um bem jurídico considerado inestimável, pelos indivíduos e pela sociedade. Logo, difícil seria imaginar alguém que pratique qualquer ação que a coloque em risco. Porém, muitas pessoas correm riscos todos os dias, pois muitos indivíduos não consideram sua vida com valor imensurável e, por isto, estão dispostos a trocar a possibilidade de sua morte por benefícios materiais e imateriais.

De outro ponto, “nossas instituições sociais dão ‘preço’ à vida. Nos casos de delitos de responsabilidade civil [...], a lei não manda que se mate a pessoa que negligentemente matou alguém; exige que o agressor pague uma indenização”.⁸⁵⁷ Sendo assim, Posner⁸⁵⁸ demonstra, no mesmo sentido, que inúmeras regras de responsabilidade civil são passíveis de utilização não apenas para instaurar o equilíbrio perturbado pelo delito praticado, mas, principalmente, para incentivar adequadamente as pessoas a não realizarem atividades que pudessem gerar prejuízos a outros – ou mesmo à coletividade – de modo a observar que os custos do cuidado tende a ser menores do que os gerados pelos, possíveis, danos causados.

É importante notar, ainda, que a aplicação de incentivos legais pode gerar efeitos diversos dos inicialmente imaginados. Isto é, ao estabelecer um preço para uma conduta humana, identifica-se, mais facilmente, os custos e benefícios das possíveis escolhas de que os verdadeiros motivos que levaram às decisões.⁸⁵⁹ Ou seja, “[...] não se deve prestar atenção apenas na obsevação das consequências das ações dos indivíduos, mas na observação das consequências erradas”.⁸⁶⁰

⁸⁵⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 34. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁸⁵⁶ VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.

⁸⁵⁷ “[...] our social institutions do ‘price’ life. In tort we do not kill the person who negligently takes the life of another; we require only that he/she pays compensation”. VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006. p. 68.

⁸⁵⁸ POSNER, Richard Allen. **A Theory of negligence**. Chicago, Illinois: Journal of Legal Studies, 1972. p. 29-96

⁸⁵⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁸⁶⁰ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 28.

Contudo, isto não esvai as vantagens de entender ou, até criar novos padrões de equilíbrio, os quais seriam úteis para a comparação dos benefícios e consequências de práticas distintas, de forma a orientar o processo decisório dos agentes econômicos – sejam públicos ou particulares. Para tanto, utiliza-se o critério da eficiência, para diagnosticar a relevância social de um equilíbrio, tema que se estuda-se a seguir.

3.3.3 A Eficiência

A Análise Econômica do Direito, com seus característicos conceitos derivados da Economia, sustenta seus estudos, ao menos na maioria deles, em uma busca incessante por garantir ao Direito a eficiência do resultado da elaboração de uma norma ou mesmo do processo de tomada de uma decisão judicial concreta. No entendimento de Rosa, a abordagem juseconômica, no âmbito judiciário, atua principalmente na “[...] organização e administração da justiça, especialmente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico [...] e [...] da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico”.⁸⁶¹ (grifos do autor).

Destarte, embasados por uma teoria racional, os comportamentos humanos, aqui, terão por finalidade ações estimuladas economicamente a serem eficientes, tendo o direito, por sua vez, a função de alterar ou criar estes incentivos, na tentativa de alcançar o equilíbrio pretendido e, assim, por meio da maximização de utilidades chegar ao objetivo social que lhe é peculiar, a justiça.⁸⁶² Segundo Bittencourt:⁸⁶³

A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, quando depare com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, o homem racional inevitavelmente levará em consideração a relação custo-benefício entre as opções possíveis, de modo a optar pela que melhor atende aos seus interesses.

⁸⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a Law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 63.

⁸⁶² FREITAS, Kelery Dinarte Páscoa. Reflexões acerca da eficiência na visão da análise econômica do direito: aspectos conceituais e sua criticidade. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 5, p. 117-139, out. 2012. Disponível em: <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/148>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁸⁶³ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 29.

Neste sentido, talvez o mais importante aporte da teoria juseconômica seja apresentar os efeitos produzidos pelas atitudes e decisões dos indivíduos, de modo a lhes possibilitar a comparação entre os resultados obtidos e as opções disponíveis. Porém, determinar quais dentre as alternativas apresentadas é a mais vantajosa para os sujeitos não é algo simples. Então, na esfera econômica, busca-se, por meio de um critério idôneo e racional, deixar de lado a subjetividade e, a partir disto, reconhecer, logicamente, o maior benefício social das escolhas individuais, tudo isto, por intermédio do pressuposto da eficiência.

Com efeito, conceituada de maneira geral, para os economistas, eficiência pressupõe um processo de produção, onde “[...] não é possível produzir a mesma quantidade de saída usando uma combinação de entradas de custo mais baixo, ou [...] não é possível produzir mais saída usando a mesma combinação de entradas”⁸⁶⁴ (tradução nossa). Em Sen:⁸⁶⁵

As duas principais definições de eficiência empregadas em economia são, respectivamente: [...] ‘eficiência técnica’, segundo a qual não é possível gerar mais de um determinado produto sem produzir menos de algum outro (considerando os insumos como produtos negativos); [...] ‘eficiência econômica’, identificada com a ‘otimalidade de Pareto’ [*Pareto optimality*], condição na qual ninguém pode melhorar seu estado sem piorar o de alguma outra pessoa (grifos do autor).

Portanto, eficiência econômica seria uma medida abrangente de benefícios – públicos ou privados – que incluem, por exemplo, os lucros das empresas, o bem-estar das pessoas que consomem e os salários dos trabalhadores. Neste contexto, “a lógica de maximizar a medida abrangente (eficiência) é muito semelhante à lógica de maximizar um de seus componentes (lucros)”⁸⁶⁶ (tradução nossa). Em termos jurídicos, a eficiência, por sua vez, não pode ser, sozinha, considerada um valor organizacional do núcleo moral que uma decisão judicial possa indicar, mas, sim uma

⁸⁶⁴ “[...] it is not possible to produce the same amount of output using a lower-cost combination of inputs, or [...] it is not possible to produce more output using the same combination of inputs”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016. p. 13.

⁸⁶⁵ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: On ethics & economics. p. 23.

⁸⁶⁶ “The logic of maximizing the comprehensive measure (efficiency) is very similar to the logic of maximizing one of its components (profits)”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016. p. 13.

reflexão posterior, que pode revelar a oportunidade de concretização de uma norma judiciária.⁸⁶⁷

A partir desta definição, pode-se visualizar a eficiência, economicamente tratada, sob o viés do uso dos recursos, quando o comportamento dos agentes econômicos adquire estabilidade nas suas tomadas de decisões. Assim, quando um indivíduo – um empresário, por exemplo – decide sobre o processo produtivo do qual ele faz parte, a atenção deve voltar-se para a obtenção da maior produtividade possível, com o menor uso dos recursos acessíveis. Deste jeito, é possível aplicar a aceção de eficiência individualmente aos sujeitos econômicos, sejam eles quem forem – pessoas físicas, pessoas jurídicas, governo, qualquer coletividade ou, até mesmo, a sociedade como um todo.⁸⁶⁸

Neste contexto, vale lembrar que a eficiência está, diretamente, conectada com a perspectiva de se alcançar o melhor efeito com o mínimo de imprecisão ou desperdício possível. Observa-se, também, que a eficiência econômica se relaciona às diversas posições de fundamental importância para a literatura econômica e social.⁸⁶⁹ Então, sob ótica da AED, notadamente, é possível analisar-se o critério da eficiência segundo os critérios do custo-benefício, Ótimo de Pareto, Kaldor-Hicks e maximização de riqueza social. Entretanto, dentre estas aceções “[...] mais comuns diz respeito à maximização da riqueza e do bem-estar e à maximização de custos sociais”.⁸⁷⁰

Neste enfoque, um processo terá eficiência de custo-benefício somente “[...] se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”,⁸⁷¹ ou seja, sob esta ótica, considera-se um empreendimento eficiente quando, diante da diversidade de opções para se chegar a um determinado propósito e, mediante os diversos custos envolvidos no processo decisório, a escolha será por aquela (opção)

⁸⁶⁷ DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

⁸⁶⁸ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁸⁶⁹ SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 210-226, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6040>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁸⁷⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29-30.

⁸⁷¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 35. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

que atingir resultados melhores que outras, em que se leva em consideração, claramente, os menores custos envolvidos.⁸⁷²

Logo, esta é a ideia mais comum de eficiência, pois está relacionada aos aspectos quantitativos de escolhas racionais, visto que pondera os mecanismos necessários para a obtenção de um determinado fim, o que significa que “[...] diante da multiplicidade de meios que pode ser utilizado para se alcançar um determinado objetivo, um deles atinge melhores resultados”.⁸⁷³ Salama,⁸⁷⁴ a título de exemplificação da situação, dispõe que:

[...] a produção de uma fábrica de automóveis será eficiente se não for possível produzir mais automóveis sem ter que também contratar mais funcionários, comprar novas máquinas, ou realizar novos investimentos. Mas é possível tornar a análise mais interessante, fugindo de exemplos óbvios como este. Suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes, que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto das vítimas dos acidentes). A seguir, suponha que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhões (1% x \$100 milhões = \$1 milhão). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre.

Outro critério de eficiência é a maximização de riqueza social, que, proposta inicialmente por Posner, “é obtida quando bens e outros direitos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente monetário) para possuí-lo”.⁸⁷⁵ Posner, neste sentido, utiliza o termo eficiência para anunciar que a alocação de recursos é um valor a ser maximizado e que, por sua vez, é utilizado como critério para a tomada de decisões sociais.⁸⁷⁶ Então, o autor compreende que todos os indivíduos são, a seu modo, maximizadores racionais, incentivados por satisfações pessoais, monetárias,

⁸⁷² LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 24.

⁸⁷³ LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 25.

⁸⁷⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

⁸⁷⁵ LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 38.

⁸⁷⁶ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Tradução de: Economic Analysis of Law.

jurídicas, etc., ocorridas dentro ou fora do mercado, e cuja a eficiência será, quase sempre, o ponto chave para promovê-las.⁸⁷⁷

Neste ângulo, observou Posner a possibilidade de o direito ser um mecanismo condutor de eficiência, ao empregar a maximização de riqueza social, como um preceito capaz de solucionar os conflitos jurídicos. Logo, o princípio da maximização da riqueza adentrou o direito, pois, diante da racionalidade prática dos comportamentos humanos, os agentes econômicos tendem a preferir a opção que melhor maximize a utilidade almejada, o que, certamente, refletirá, também, no bem-estar dos outros indivíduos da sociedade.⁸⁷⁸ Portanto, maximizar riqueza é “[...] determina[r] que os direitos devem ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação”.⁸⁷⁹

Diante destes postulados, a teoria jurídica eficientista de Posner – ainda que o autor não utilize a expressão ‘teoria de justiça’, mas ‘teoria moral’ – resume à idéia de que o método para se analisar se os atos institucionais – ou até mesmo individuais – são justos, bons ou desejáveis é o da maximização de riqueza social. Este sentido possibilita uma aproximação entre utilidade, liberdade e igualdade, princípios éticos que, comulmente, concorrem entre si.⁸⁸⁰ Para Salama:⁸⁸¹

Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras interpretações que não a promovam são injustas. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo.⁸⁸²

⁸⁷⁷ LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁸⁷⁸ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Tradução de: Economic Analysis of Law.

⁸⁷⁹ POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: The economy of justice. p. 86.

⁸⁸⁰ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Tradução de: Economic Analysis of Law.

⁸⁸¹ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Tradução de: Economic Analysis of Law.

⁸⁸² SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 448, 2012. Disponível em: <http://blook.pt/publications/publication/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

Há, contudo, outras acepções para o vocábulo eficiência, dentre as quais as mais importantes são a eficiência de Paretiana e a eficiência Kaldor-Hicks. Segundo o modelo de Pareto,⁸⁸³ “[...] significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de situação outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto”.⁸⁸⁴ Isto posto, considera-se que as alocações de recursos Pareto-eficiente, necessariamente, não serão justas ou igualitárias, de acordo com algum raciocínio normativo, no entanto, uma conjuntura Pareto-ineficiente possivelmente será injusta, já que “[...] alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue”.⁸⁸⁵

Então, a eficiência de Pareto é “aquela na qual a posição de *A* melhora sem prejuízo da de *B*”⁸⁸⁶ (grifos nossos). Segundo Zylbersztajn e Sztajn,⁸⁸⁷ o chamado critério de Pareto faz referência a uma situação em que os recursos são deslocados “[...] de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. [...], numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior”.

Isto quer dizer que, diante de determinada situação – uma modificação legislativa, por exemplo – se, ao menos, uma única pessoa obtiver benefícios, sem prejuízo de mais ninguém, fala-se que, assim, existiu uma melhoria de Pareto,⁸⁸⁸ pois, “[...] a situação resultante da alteração é superior à situação inicial ou mais eficiente”.⁸⁸⁹ Entretanto, se após uma sucessão de melhorias de Pareto “[...] não é mais possível

⁸⁸³ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37. O italiano Vilfredo Pareto (1848-1923), foi um cientista político, advogado e economista, cujos estudos se espalham pelas áreas das ciências humanas, sociologia, economia e política. Assim, “em seu livro Manual de economia política, Vilfredo Pareto assenta as bases do seu sistema de equilíbrio econômico”.

⁸⁸⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 23, jan./jun. 2010.

⁸⁸⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 23, jan./jun. 2010.

⁸⁸⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005. p. 88.

⁸⁸⁷ SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 80.

⁸⁸⁸ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

⁸⁸⁹ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 26.

aumentar a utilidade de mais ninguém sem prejudicar outrem. Diz-se que essa situação é um ótimo de Pareto”.⁸⁹⁰

Porém, “critica-se esse critério, chamado de Pareto, porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas”,⁸⁹¹ bem como, “no mundo real [...] raras as vezes a melhoria na condição de uma pessoa, ou um grupo de pessoas, não prejudica outras pessoas”.⁸⁹² Nestes termos, Domingos⁸⁹³ imaginou o seguinte exemplo hipotético:

[...] num caso em que eu disponha de 20 figurinhas, e meu colega também 20 figurinhas, estamos diante de uma situação ‘ótima’. Ninguém poderá ceder ou receber figurinhas ao colega sem acréscimo ou decréscimo do seu acervo. Porém, suponhamos que eu sou brasileiro e meu colega é argentino, sendo que minha preferência lógica é pelas figurinhas da seleção do meu país. Nesse exemplo, das 20 figurinhas do meu acervo, 17 são da seleção argentina, e o meu amigo possui 10 figurinhas da seleção brasileira. Trocando as figurinhas brasileiras do meu colega pelas minhas figurinhas argentinas eu ficarei com 13 figurinhas e meu colega 27. Não há uma melhora no sentido Paretiano, mas, com certeza, há uma melhoria para mim, que sou brasileiro, e ficarei com mais figurinhas da seleção nacional, mesmo com menor número de figurinhas no total.

Já na eficiência conhecida por Kaldor-Hicks,⁸⁹⁴ “o produto da vitória de *A* excede os prejuízos da derrota de *B*, aumentando, portanto, o excedente total”⁸⁹⁵ (grifos nossos). Para Cooter e Ulen,⁸⁹⁶ o critério de Kaldor-Hicks propõe um potencial de

⁸⁹⁰ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 27. LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 28. Para o autor, é também comum traçar uma diferença entre Ótimo de Pareto forte e Ótimo de Pareto feaco. O Ótimo de Pareto forte ocorre quando qualquer realocação ou mudança deve ser rigorosamente preferida por todos os indivíduos [...]. Já o Ótimo de Pareto fraco é mais flexível, pois ocorre quando a realocação ou mudança fortemente preferida por pelo menos um indivíduo [...] e fracamente preferida pelos demais”.

⁸⁹¹ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 38.

⁸⁹² SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 80-87.

⁸⁹³ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 41.

⁸⁹⁴ A eficiência econômica segundo o critério de Kaldor-Hicks foi, assim, designada devido aos economistas Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Richard Hicks (1904-1986), os quais buscaram aumentar a utilidade prática ao conceito de eficiência de Pareto.

⁸⁹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005. p. 88.

⁸⁹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

melhoria da eficiência em Pareto, ao exigir que os ganhadores compensem abertamente os perdedores em qualquer situação de mudança. Isto é, “se não há pagamento explícito, os perdedores podem vetar qualquer mudança. Ou seja, toda mudança deve ser por consentimento unânime. Isso tem desvantagens claras como um guia para políticas públicas”.⁸⁹⁷ Este modelo proposto para avaliação da eficiência sugere que as normas sejam criadas de maneira a produzirem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, isto é, o refinado critério propõe compensações entre aqueles que se beneficiam e os que são prejudicados.⁸⁹⁸

Nota-se que, no critério de Kaldor-Hicks, “[...] o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso [...] permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores”.⁸⁹⁹ Então, em uma situação Kaldor-Hicks eficiente admiti-se as chances de que numa mudança social eficiente um sujeito tenha sua circunstância melhorada às custas de outro, mas somente se o perdedor for recompensado, de modo a manter seu nível inicial de utilidade.⁹⁰⁰

Em Rodrigues,⁹⁰¹ haverá eficiência, sugundo o preceito em análise, quando diante da passagem de uma situação para outra existir uma melhoria, e se os agentes económicos beneficiados estiverem dispostos, para sua concretização, a compensarem os perdedores, para obterem seu consentimento. Assim, destaca Tabak, ao resumir os dois últimos critérios estudados:

[...] uma situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. [...]. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal se todos os agentes que são afetados estão em situação melhor ou pelo menos igual, considera-se que essa introdução foi eficiente no sentido de

⁸⁹⁷ “If there is not explicit payment, losers can veto any change. That is, every change must be by unanimous consent. This has clear disadvantages as a guide to public policy”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016. p. 42.

⁸⁹⁸ SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 80-87.

⁸⁹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 37. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹⁰⁰ LEMOS, Alan. **Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do direito**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁹⁰¹ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

Pareto. O problema dessa definição é que, em geral, a introdução de normas jurídicas leva a que existam potenciais ganhadores e perdedores. Nesse caso, um conceito mais geral de eficiência precisa ser utilizado. Um dos mais conhecidos é o de Eficiência de Kaldor-Hicks, que é definido como a confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada norma. [...]. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma, essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks.⁹⁰²

Porém, como na definição de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks também encontra problemas. Neste sentido, a crítica “[...] mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema da sua distribuição”.⁹⁰³ Além disto, comparar os ganhos de um grupo de indivíduos e as perdas de outro grupo é, na prática, muito difícil, pois o valor marginal dos bens (inclusive do dinheiro) é tido como diferente para cada grupo – a exemplo dos ricos e pobres. Por último, convém esclarecer que a avaliação dos ganhos e das perdas se dá em um determinado momento no tempo, e o que hoje uma pessoa considera eficiente pode não sê-lo amanhã, se suas preferências se alterarem.⁹⁰⁴

Diante deste contexto, observa-se, ainda, que os critérios de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks tendem a se distanciar de problemas éticos e filosóficos, o que, na verdade, constitui uma predisposição da doutrina econômica liberal. Deste modo, a economia moderna se afastou de preceitos éticos, ao se transformar em uma ciência, exageradamente, técnica e especializada ou, como diria Sen,⁹⁰⁵ “[...] a natureza da economia moderna foi substancialmente empobrecida pelo distanciamento crescente entre economia e ética”. Mais que isto, a economia, “[...] pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humano”.⁹⁰⁶

⁹⁰² TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205, p. 324. jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td157>. Acesso em: 12 maio. 2019.

⁹⁰³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 37. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹⁰⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹⁰⁵ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: *On ethics & economics*. p. 14.

⁹⁰⁶ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: *On ethics & economics*. p. 15.

Assim, quanto à eficiência, especificamente, Sen desenvolveu considerável crítica às versões paretiana e de Kaldor-Hicks, por compreender que elas “[...] concerne exclusivamente à eficiência no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas”.⁹⁰⁷ No mesmo sentido, o economista sustenta, ainda, o importante papel do Estado na amplificação dos direitos e liberdades e, principalmente, na conciliação do desenvolvimento humano, com o crescimento econômico, de forma que se afasta dos critérios acima delineados, entender que o desenvolvimento da pessoa humana – seus direitos e liberdades – devem ser os mais relevantes assuntos para economia, e não meros instrumentos para obtenção de bem-estar.⁹⁰⁸

Vale verificar, também, que o filósofo, ao associar economia e a ética – em ambiente filosófico –, comprovou que o desenvolvimento humano nem sempre está relacionado com o crescimento econômico, e, a partir disto, elaborou seu ideal de justiça, em que defende, sobretudo, que maximização do bem-estar se assemelha à busca pela justiça.⁹⁰⁹ Diante disto, pode se deduzir que o autor apresentou inúmeras contribuições para o direito, para a teoria da justiça e da decisão judicial, com destaque para a dedução de que a eficiência econômica deve ser apenas um outro aspecto – e não mais que isto – que o legislador e o aplicador do direito devem considerar a realização de sua atividade complexa.

Com efeito, debates sobre valores como eficiência e justiça são, sem dúvidas, importantes para a abordagem da Análise Econômica do Direito, visto que, Posner, por muito, sustentou que o ideal de maximização da riqueza (ou eficiência, pois o jusfilósofo utiliza as duas expressões sem distinção) era um princípio ético abrangente, no qual deveria toda a criação e interpretação do direito basear-se.

Todavia, posteriormente, o escritor relativizou, profundamente, sua posição, ao reconhecer que existem elementos morais que, em certas hipóteses, afasta o componente econômico, dito como eficiente. Neste sentido, ele declarou que “os alicerces de um princípio abrangente para a solução das disputas jurídicas estão

⁹⁰⁷ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: On ethics & economics. p. 26.

⁹⁰⁸ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

⁹⁰⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

podres, o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos”,⁹¹⁰ ou seja, “a maximização da riqueza, a qual é cega em relação à distribuição, é atualmente apenas vista como um meio para se aproximar ao máximo da maximização da utilidade”.⁹¹¹

Entretanto, também não se deve admitir, indiscriminadamente, que eficiência e justiça sejam valores incompatíveis, já que, em algumas situações, o resultado mais eficiente também se caracterizará como o mais justo. Nesta linha, Gico Junior,⁹¹² ao tratar desta, suposta, dicotomia entre eficiência e justiça afirma que “em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício”. Assim, os critérios de análise juseconômica – em especial a eficiência – possivelmente contribui para o sistema jurídico, ao identificar, a título de exemplo, regras injustas (ditas ineficientes) e que gerem desperdício, bem como, prevêm possíveis consequências de uma decisão jurídica e seu custo de oportunidade.⁹¹³

3.3.4 A Teoria dos jogos

O direito determina, claramente, as respostas não violentas para solucionar possíveis contendas entre os sujeitos e indica, por sua vez, quais as organizações sociais têm por função fazer triunfar os seus resultados. Entretanto, para melhor entender o direito, precisa, inicialmente, compreender as relações entre os indivíduos no convívio em sociedade, quais as principais fontes de conflitos humanos, bem como, as regras e as instituições criadas para acautelar uma possível eclosão de divergências. Para tanto, uma das estratégias para assimilar as interações humanas em conflito ou cooperação é a teoria dos jogos.⁹¹⁴

Inicialmente, importa esclarecer que a teoria dos jogos não é, exatamente, uma premissa da Análise Econômica do Direito, mas apresenta-se como um instrumento

⁹¹⁰ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right. p. 526.

⁹¹¹ GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinário alemão. Tradução Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 367.

⁹¹² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. p. 28.

⁹¹³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

⁹¹⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: Analyse économique du droit.

que contribui para a compreensão dos, possíveis, comportamentos dos agentes econômicos que têm seus interesses em conflitos. Assim, “essa teoria é um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito”.⁹¹⁵

Historicamente, Huizinga considera a concepção de jogo como muito antiga, “[...] pois esta, mesmo em suas definições menos rigorosas, pressupõe sempre a sociedade humana [...]”.⁹¹⁶ D’amigo,⁹¹⁷ no entanto, pontua que o início dos estudos sobre a teoria dos jogos datam do começo do século XVII, sendo, ainda, remotamente, conhecido desde “[...] os cinco primeiros séculos antes da Era Cristã, com o Talmude Babilônico – uma compilação de leis antigas que servem de base da lei religiosa, criminal e civil judaica”.

Porém, o primeiro exemplo formal ligado à teoria dos jogos aconteceu somente no ano 1938, com a obra ‘*Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*’, escrita pelo matemático francês Antoine Augustin Cournot (1801-1877), o qual apresentou uma solução para o famoso modelo de duopólio. Outro importante precursor nos estudos sobre a temática foi o alemão Ernst Friedrich Ferdinand Zermelo (1871-1953), que demonstrou, antecipadamente, em seus estudos, a técnica de resolução conhecida atualmente como indução reversa.⁹¹⁸

Um terceiro precursor desta teoria, contudo, foi outro matemático francês, ou seja, Félix Edouard Justin Emile Borel (1871-1956), que, no ano de 1921, já sugeria uma teoria dos jogos estratégicos, a qual, posteriormente, o matemático John Von Neumann (1903-1957) – considerado o pioneiro na formulação do conceito de estratégia –, em 1928, colocou em prática, com a publicação de uma ‘Teoria dos Jogos de Salão’ (*Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*). Independentemente, a teoria dos jogos estabeleceu-se como um campo autônomo somente após a publicação do livro ‘Teoria dos Jogos e Economia Comportamento’ (*The Theory of Games na Economic*

⁹¹⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

⁹¹⁶ HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Tradução João Paulo Monteiro. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. Tradução de: Homo Ludens: vom Unprung der Kultur im Spiel.

⁹¹⁷ D’AMIGO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da teoria de relações públicas: uma análise da cooperação**. p. 21. 2008. Tese (Doutorado em Comunicação Social) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4348>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁹¹⁸ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

Behavior) de Von Neumann em coautoria com Oskar Morgenstern (1902-1977), nos anos de 1944.⁹¹⁹ Nas palavras de Fiani:⁹²⁰

[...] a origem da teoria dos jogos está diretamente relacionada ao nome do matemático John von Neumann (1903-1957). Nascido na Hungria, Von Neumann emigrou para os Estados Unidos na década de 1930. Sua primeira publicação sobre jogos data de 1928 (“Zur Theorie der Gesellschaftsspiele”, *Mathematische Annalen* 100, 295-320), na qual demonstra que a solução para jogos de soma zero (jogos em que o ganho de um jogador representa necessariamente uma perda para o outro) pode ser determinada utilizando-se técnicas matemáticas. A análise dos jogos de soma zero viria a ser desenvolvida mais tarde em seu livro *The Theory of Games and Economic Behavior*, publicado em 1944 e escrito em coautoria com o economista alemão Oskar Morgenstern (1902-1977), também emigrado para os Estados Unidos.

Na sequência, desenvolveram muitos outros estudos acerca da teoria dos jogos, a exemplo dos trabalhos de John Forbes Nash (1928-2015), publicados em 1950, sobre o equilíbrio, onde o matemático norte-americano comprovou a “[...] existência de um equilíbrio de estratégias mistas para jogos não-cooperativos, denominado equilíbrio de Nash, e sugeriu uma abordagem de estudo de jogos cooperativos a partir de sua redução para a forma não-cooperativa”.⁹²¹ Sendo esse, ainda hoje, um dos conceitos centrais da teoria dos jogos, juntamente com o dilema do prisioneiro. Destarte, no entendimento de Turocy e Stengel,⁹²² foi:

Nas décadas de 1950 e 1960, a teoria dos jogos foi ampliada teoricamente e aplicado a problemas de guerra e política. Desde a década de 1970, ele impulsionou uma revolução na teoria econômica. Além disso, encontrou aplicações em sociologia e

⁹¹⁹ TUROCY, Theodore L.; STENGEL, Bernhard Von. **Game theory**. CDAM Research Report LSE-CDAM-2001-09, p. 04-39, out. 2001. Disponível em: <https://pdf4pro.com/view/game-theory-london-school-of-economics-3d0568.html>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁹²⁰ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 35.

⁹²¹ SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyane Alves; BARRETO; Larissa Santana. **Uma introdução a teoria dos jogos**. II Bienal da Sociedade Brasileira de Matemática da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 04, 2004. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

⁹²² “In the 1950s and 1960s, game theory was broadened theoretically and applied to problems of war and politics. Since the 1970s, it has driven a revolution in economic theory. Additionally, it has found applications in sociology and psychology, and established links with evolution and biology. Game theory received special attention in 1994 with the awarding of the Nobel prize in economics to Nash, John Harsanyi, and Reinhard Selten”. TUROCY, Theodore L.; STENGEL, Bernhard Von. **Game theory**. CDAM Research Report LSE-CDAM-2001-09, p. 04-39, out. 2001. Disponível em: <https://pdf4pro.com/view/game-theory-london-school-of-economics-3d0568.html>. Acesso em: 24 fev. 2021.

psicologia, e estabeleceram ligações com a evolução e a biologia. A teoria dos jogos recebeu atenção especial em 1994 com a atribuição do prêmio Nobel de economia a Nash, John Harsanyi e Reinhard Selten (tradução nossa).

Conceitualmente, entende-se por teoria dos jogos o estudo formal de conflitos e cooperação, cujo encargo é oferecer uma linguagem que visa a formular, estruturar, analisar e compreender cenários estratégicos, os quais se aplicam no momento em que as ações de diversos agentes são interdependentes. Os agentes envolvidos, a seu turno, podem ser indivíduos, grupos, empresas ou qualquer um destes.⁹²³ Para Salama,⁹²⁴ a teoria dos jogos pondera sobre as “[...] interações sobre dinâmicas entre indivíduos que procuram maximizar seus resultados considerando as expectativas de decisões dos outros indivíduos com os quais interage”.

Em Marinho,⁹²⁵ “a Teoria dos Jogos é um método matemático para abordar formalmente os processos de tomada de decisão por agentes que reconhecem sua interação mútua do tipo: penso que você pensa o que eu penso sobre você mesmo”. No entender de Cooter e Ulen,⁹²⁶ os indivíduos, frequentemente, enfrentam situações em que precisam tomar decisões e, por vez, a ação ideal a ser adotada por uma pessoa depende de outro sujeito que, também, escolhe. Diante disto, estas situações são como jogos, em que as pessoas são os jogadores e, portanto, decidem segundo uma estratégia, ou seja, um plano de ação em resposta às reações dos outros jogadores. Então, a teoria dos jogos, conseqüentemente, trabalha com qualquer circunstância em que as estratégias são importantes.

Ademais, jogo pode ser, também, compreendido como uma realidade conflituosa, em que há vários indivíduos em interação e, dentre eles, alguém precisa proceder a uma escolha, mas, o qual sabe, de antemão, que existem outros sujeitos que, concomitantemente, igualmente estão no mesmo processo decisório. Desta maneira, haverá, no jogo, sempre uma estratégia, matematicamente, racional, que

⁹²³ TUROCY, Theodore L.; STENGEL, Bernhard Von. **Game theory**. CDAM Research Report LSE-CDAM-2001-09, p. 04-39, out. 2001. Disponível em: <https://pdf4pro.com/view/game-theory-london-school-of-economics-3d0568.html>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁹²⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia: micro, macro e desenvolvimento**. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. p. 27. *E-book*. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁹²⁵ MARINHO, Raul. **Prática na teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41.

⁹²⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

conduzirá a ação dos jogadores rumo a uma predileção. Eis aí o objeto de análise da teoria dos jogos.⁹²⁷

A teoria dos jogos, como salienta Hilbrecht,⁹²⁸ tem relação com o diagnóstico das estratégias de comportamento utilizadas pelos tomadores de decisão, ao se inter-relacionarem, dado que, o resultado de seus atos depende, igualmente, das atitudes dos outros indivíduos. Assim, a teoria em questão declara ser os jogadores – ou tomadores de decisões – sujeitos racionais, que conhecem, previamente, seus objetivos e preferências, suas limitações e as restrições que possam interferir em seu comportamento, os quais, com base nisto, conseguem controlar suas escolhas. Portanto, “[...] a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência, entre os agentes”.⁹²⁹

Ante o descrito acima, pode se observar que a teoria em análise tem por objetivo “[...] auxiliar no entendimento teórico no processo de decisão dos agentes que interagem, a partir de abstrações e pressupondo a racionalidade dos jogadores, e desenvolver nos agentes a capacidade de racionalizar estrategicamente”.⁹³⁰ A partir desta premissa, a teoria dos jogos, a seu turno, compõe-se das características fundamentais das interações ou das decisões de cada jogador, as quais, por sua vez, influenciam os demais envolvidos no jogo.

Os agentes (jogadores), de outra parte, são as pessoas ou grupos de pessoas com capacidade para suggestionar os demais indivíduos que interagem. Sequencialmente, pela racionalidade, a qual pressupõe, as estratégias escolhidas pelos jogadores serão sempre as mais eficientes, tendo em vista o objetivo final do sujeito e, por fim, o comportamento estratégico, ou seja, as ações praticadas levam em consideração as decisões e as reações de todos que o jogo abrange.⁹³¹

⁹²⁷ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/issue/view/104>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁹²⁸ HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 115-138.

⁹²⁹ HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 115.

⁹³⁰ BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 117.

⁹³¹ BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119-125.

Deste modo, as regras do jogo determinam que os jogadores optarão pelo comportamento mais adequado a sua estratégia, e partirão – no caso do direito, por exemplo – das ações prescritas pela lei e das consequências do seu não cumprimento. Neste sentido, para uma melhor compreensão da teoria dos jogos, existem, usualmente, diversos modelos esquemáticos deles, em que os mais notáveis são o Dilema dos Prisioneiros e o Equilíbrio de Nash.

Possivelmente, a referência mais popular sobre a teoria dos jogos é o dilema dos prisioneiros, formulado por Albert Willian Tucker (1905-1995), no ano de 1950, num seminário na Universidade de Stanford, para demonstrar a dificuldade em se analisar certos tipos de jogos. Para Axelrod,⁹³² o jogo o dilema dos prisioneiros apresenta-se num cenário onde existem dois jogadores e cada um deles escolherá cooperar ou desertar, mas sem saber qual a escolha que o outro fará. Contudo, não importa a decisão do outro, já que a deserção produz uma maior recompensa do que a cooperação. O dilema é que, se ambos confessarem, os dois saem pior do que se não cooperassem. Fiani,⁹³³ ao ilustrar o modo como opera este jogo, discorreu da seguinte forma:

Suponha que dois ladrões foram presos pela polícia, com algumas evidências circunstanciais [...], mas nada muito definitivo. A polícia então isola cada suspeito em uma sala e faz a cada um dos suspeitos a seguinte proposta: se ele confessar o roubo e seu parceiro não confessar, ele será libertado em razão de sua cooperação com a polícia, enquanto seu parceiro (que não confessou) irá amargar quatro anos na penitenciária estadual. Se, ao contrário, ele não confessar, mas seu parceiro o fizer, será ele a enfrentar os quatro anos na penitenciária estadual, enquanto seu parceiro será libertado. Caso ambos confessem, a cooperação individual de um deles perde o valor como denúncia do comparsa e ambos enfrentam uma pena de dois anos na prisão estadual (menor do que quatro anos em função da confissão de ambos). Finalmente, embora a polícia não os informe a esse respeito, eles sabem que se nenhum dos dois confessar, ambos serão soltos após um ano de detenção, por vadiagem.

Assim, caso os jogadores conseguissem se comunicar e confiar na palavra um do outro, certamente a melhor estratégia seria não cooperar. No entanto, sendo o dilema dos prisioneiros um modelo de jogo não cooperativo – onde os jogadores não podem estabelecer compromissos recíprocos – a melhor estratégia, então, está em

⁹³² AXELROD, Robert M. **The evolution of cooperation**. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984.

⁹³³ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 110.

defraudar o companheiro, na espera, assim, de que o outro não coopere ou, ao menos, para tentar assegurar uma pena mais branda. Dados os riscos envolvidos, caso os dois jogadores ajam de forma racional, a estratégia principal passa a ser a cooperação e, com isto, ambos seriam penalizados, o que demonstra que nem sempre a estratégia dominante garantirá o resultado perfeito.⁹³⁴

Diante da situação, percebe-se, nitidamente, que cooperar ou desertar (não cooperar) correspondem, conjecturalmente, a calar ou confessar, ou seja, uma decisão binária do tipo zero/um ou liga/desliga etc. Também importa destacar que as decisões de ambos os sujeitos são estritamente racionais, pois não existe nenhuma interferência afetiva, moral ou religiosa envolvida.⁹³⁵

Então, observa-se que o dilema do prisioneiro é um nítido exemplo a empregarse para a compreensão de jogos não cooperativos, cuja utilização depende somente do reconhecimento dos pressupostos correspondentes ao jogo, ou seja, “[...] o grande charme do Dilema dos Prisioneiros é demonstrar uma aplicação da Teoria dos Jogos sem uma única operação matemática – daí sua popularidade”.⁹³⁶

De outro norte, para a compreensão da Teoria dos Jogos, desvela-se o Equilíbrio de Nash. Logo, numa situação em que exista um equilíbrio de Nash, cada jogador optou pela tática em que os resultados serão os mais valorosos possíveis, observadas, logicamente, as estratégias escolhidas pelos demais jogadores. Nesta perspectiva, cada jogador encontra-se satisfeito com sua tática de escolha e com os resultados obtidos, tendo em vista, as ações dos outros jogadores.⁹³⁷ Assim, “[...] a noção de equilíbrio de Nash é um critério natural para a previsão do resultado de um jogo no qual cada jogador escolhe suas ações de forma independente, motivado pelo seu *payoff*”.⁹³⁸

Com efeito, quase que por unanimidade, os estudiosos admitem que John Nash ressignificou o estudo da teoria dos jogos, ao introduzir sua concepção de

⁹³⁴ BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119-125.

⁹³⁵ MARINHO, Raul. **Prática na teoria**: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁹³⁶ MARINHO, Raul. **Prática na teoria**: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44-45.

⁹³⁷ HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 115-138.

⁹³⁸ HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 120-121.

equilíbrio. Pois, ao aplicar o equilíbrio de Nash, as definições de interação e o comportamento estratégico, fica descomplicado entender que um jogador racional, ao elaborar sua estratégia de jogo, considera, também, o planejamento formulado pelos outros jogadores, de modo que, muitas vezes, as ações praticadas por um jogador não serão as mesmas que ele, previamente, escolheria se seguisse apenas suas ambições e necessidades. Ou seja, um jogo em equilíbrio de Nash existirá quando os jogadores estiverem satisfeitos com suas jogadas – e não desejarem alterá-la – em que se considera, igualmente, as escolhas adotadas pelos demais jogadores envolvidos.⁹³⁹

Em verdade, ao aplicar o equilíbrio de Nash ao jogo o dilema dos prisioneiros, considera-se que, se ambos os prisioneiros usarem a mesma estratégia e se acusarem, esta será a melhor atitude. Em Marinho,⁹⁴⁰ o que isto quer dizer é que:

[...] se eu achar que meu comparsa pensa exatamente como eu, concluo que ele vai confessar, o que me leva a um beco sem saída. Na prática, eu só posso confessar! E é efetivamente isso o que acontece: os dois prisioneiros confessam e passam, ambos, dois anos presos. A isso, chama-se 'equilíbrio de Nash': a melhor decisão possível levando-se em conta a decisão que o outro deve tomar – o que revela o caráter interativo da teoria.

Assim, fica claro que o equilíbrio de Nash resolveu a contenda referente ao dilema dos prisioneiros, criada, a muito, por Neumann e Morgenstern, visto que, ao sugerir que a melhor alternativa – uma vez que não se sabe a decisão dos demais jogadores – é cooperar (desertar), ou seja, não auxiliar o outro jogador, já que esta ação leva, possivelmente, à maximização dos ganhos e à minimização das perdas.⁹⁴¹

Desta forma, embora a teoria dos jogos, enquanto ferramenta teórica, tenha, originalmente, se desenvolvido por meio de estudos da matemática, da economia e da política, a sua utilização conquistou outros campos do conhecimento humano, visto

⁹³⁹ BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119-125.

⁹⁴⁰ MARINHO, Raul. **Prática na teoria**: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44.

⁹⁴¹ BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119-125. MARINHO, Raul. **Prática na teoria**: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

que, “[...] permite a análise do processo de decisão das pessoas quando estas estabelecem relações racionais umas com as outras”.⁹⁴²

No direito, uma das grandes contribuições da teoria dos jogos foi a desenvolvida por Baird, Gertner e Picker, com a publicação da obra ‘*Game Theory and the Law*’. Atualmente, sua aplicabilidade ainda é preambular, mas ganhou terreno em diversas áreas jurídicas, principalmente dentre as relações privadas – sobretudo as empresarias –, pois, tais situações admitem negociação entre as partes envolvidas.⁹⁴³

Nesta linha, um caso prático, cuja teoria dos jogos foi aplicada no cenário judiciário brasileiro – a título ilustrativo – aconteceu na 3ª Vara do Trabalho de Brasília, quando o juiz responsável pelo julgamento utilizou, na fundamentação da sentença,⁹⁴⁴ a teoria aqui em exame, a fim de determinar que um ex-servidor da Agência dos Correios não fora o causador de prejuízos na contratação emergencial de transporte aéreo pela empresa.⁹⁴⁵ Assim, alegou o juízo que:

A Teoria dos Jogos é bastante útil no presente caso para analisar se, matematicamente e logicamente falando, o reclamante tomou a atitude estrategicamente mais correta para fins de preservar o interesse da reclamada ou, se ao contrário, ele agiu de forma inapropriada, beneficiando a MTA Linhas Aéreas e prejudicando a reclamada (ato de improbidade). Mais ainda, por meio desse modelo matemático, é possível descrever as ações e as opções que ele tinha no momento da tomada de sua decisão, o que pode ser útil a compreender o processo de tomada de decisão que tinha sobre si.⁹⁴⁶

Já na Análise Econômica do Direito, a teoria dos jogos estimula o acolhimento “[...] de comportamentos estratégicos orientados para os resultados mais eficiente,

⁹⁴² BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 124.

⁹⁴³ BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119-125.

⁹⁴⁴ Para conhecer o conteúdo da Sentença na íntegra acessar: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/juiz-usa-teoria-jogos-restabelecer-vinculo-servidor>.

⁹⁴⁵ GALLI, Marcelo. Juiz usa teoria dos jogos para restabelecer vínculo de servidor dos Correios. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/juiz-usa-teoria-jogos-restabelecer-vinculo-servidor>. Acesso em: 28 fev. 2021.

⁹⁴⁶ BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). **Sentença do Processo nº 1138-67.2015.5.10.0003**. Processo do Trabalho. Ação Trabalhista ajuizada por (segredo de justiça) em desfavor de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Juiz Substituto: Gustavo Carvalho Chehab. p. 41. 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/teoria-jogos-decisao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021. p. 41

tendo em vista a coletividade dos envolvidos, desestimulando as ações puramente intuitivas ou praticadas por conta da tradição”.⁹⁴⁷ Sendo assim, cabe ressaltar, novamente, que a teoria em estudo simboliza um método teórico de análise do processo de tomada de decisão dos agentes econômicos em situação e interesses opostos. Este antagonismo, por sua vez, facilita a utilização de jogos de estratégias por ambas as partes envolvidas, o que permite um equilíbrio de forças, principalmente na realidade mercadológica atual.

Explanada as premissas basilares sobre a teoria dos jogos, conveniente refletir, agora, acerca das fragilidades da Análise Econômica do Direito, haja vista que, com esta atitude, toda a abordagem científica enfrenta, em sua trajetória construtiva, críticas sobre suas bases teóricas e seus postulados formativos, ideias que se pretende expor no tópico subsequente.

3.4 Limitações e críticas da Análise Econômica do Direito

Diante de todo exposto, não se nega que o Direito e a Economia são ciências que, inúmeras vezes, se entrelaçam, enquanto ciências sociais, pois têm como objetivo estudar e organizar o comportamento das pessoas em sociedade. Sendo assim, a economia “pesquisa como o ser humano a partir de suas escolhas racionais toma suas decisões e quais são as consequências geradas por elas. O Direito analisa o comportamento humano e tende a regulá-lo partindo dos valores eleitos pelo corpo social”.⁹⁴⁸ Para Stigler:⁹⁴⁹

Enquanto a eficiência constitui-se no problema fundamental dos economistas, a justiça é a preocupação que norteia os homens do direito. [...]. É profunda a diferença entre uma disciplina que procura

⁹⁴⁷ BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 124-125.

⁹⁴⁸ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 181, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

⁹⁴⁹ “If efficiency is the fundamental problem of economists, justice is the guiding beacon of law professor. [...]. The difference between a discipline that seeks to explain economic life (and, indeed, all rational behavior) and a discipline that seeks to achieve justice in regulating all aspects of human behavior is profound. This difference means that, basically, the economist and the lawyer live in different worlds and speak different languages”. STIGLER, George J. Law or economics? **The Journal of Law and Economics**, v. 35, n. 2, p. 462, Oct. 1992.

explicar a vida econômica (e, de fato, todo o comportamento racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Esta diferença significa, basicamente, que o economista e o jurista vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas (tradução nossa).

Por tais motivos, há muito, a Análise Econômica do Direito ampliou seu alcance, em especial para setores onde a economia pode se revelar como um mecanismo favorável para solucionar problemas oriundos do comportamento social, que, geralmente, não seriam considerados ou explorados sob este ponto de vista, mas que, até então, interessavam somente à pesquisa e ciência jurídica.⁹⁵⁰ Porém, isto não significa que a metodologia proposta pela AED se justaponha a outras respostas às situações conflituosas já evidenciadas pelo direito e que, efetivamente, funcionaram, embora não sejam economicamente eficientes.

Entretanto, sabe-se, também, que surgiram inúmeras críticas e limitações – e ainda surgem – à aplicação do instrumental da teoria econômica ao direito. Dito de outra maneira, em Pimenta e Lana,⁹⁵¹ isto acontece naturalmente, ou seja, espera-se que, juntamente com o amadurecimento do instituto, comecem a emergir assirados debates sobre os fundamentos teóricos e metodológicos que construíram a abordagem.

Muitos autores, nesta perspectiva, apresentaram teorias divergentes, particularmente a proposta posneriana, sobre a eficiência no direito, a racionalidade econômica ou seu pragmatismo jurídico.⁹⁵² Mas, “Posner debateu arduamente com seus críticos por alguns anos”.⁹⁵³ Insta mencionar que as desaprovações ao movimento juseconômico fruiu com maior intensidade, sobretudo entre os anos de 1976 e 1983, isto porque, neste momento, instituições tradicionais e sólidas como o

⁹⁵⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, Estudo 22, n. 2, v. 5, março de 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2811>. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁹⁵¹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁹⁵² STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Crítica e possibilidades da análise econômica do direito. *In*: Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração, 4., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...] Florianópolis: UFSC, 2014. Disponível em: colquioepistemologia.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/ADE103.pdf. Acesso em: 12 maio. 2019.

⁹⁵³ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 472, 2012. Disponível em: <http://blook.pt/publications/publication/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

poder judiciário, em especial nos Estados Unidos, passaram a invocar o ponto de vista econômico, enquanto embarçavam-se – na europa, principalmente, na Áustria – em considerações sobre os equívocos e deficiências da ideologia econômica aplicada ao direito.⁹⁵⁴

Desta forma, nos idos da década de 1980, prepararam diversos seminários, mormente Duncan Kennedy e Ronald Dworkin, ambos, na época, professores de Harvard e integrantes da ‘*Critical Legal Studies*’ (originada no Pragmatismo Americano que, por vez, deu início ao Realismo Jurídico na ciência do direito). Em Pimenta e Lana, “é certo que tanto os membros da ‘*Critical Legal Studies*’ quanto os integrantes da ‘*Law and Economics*’ buscavam a mesma fonte de existência, qual seja, o Realismo Jurídico”,⁹⁵⁵ contudo, enquanto os últimos eram neoliberais, os primeiros eram defensores de teses econômicas de esquerda.⁹⁵⁶

É conveniente, também, elucidar que, no campo da ciência econômica, a escola Austríaca – marginalistas e neoclássicos –, igualmente, teceram severas críticas à AED. Destarte, autores vinculados a esta tradição questionaram, acima de tudo, a tese da eficiência, pois, para eles, esta não consegue explicar o “[...] processo de mudança, a evolução dos sistemas jurídicos ao longo do tempo, bem como as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos contemporâneos”⁹⁵⁷ e, ao mesmo tempo, também tornaria “[...] impossível prever as necessidades, nem mesmo os interesses [dos agentes] de forma objetiva, haja vista que os valores eram interpretados de forma totalmente subjetiva, alterando-se de pessoa para pessoa”.⁹⁵⁸

⁹⁵⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁹⁵⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 95, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁹⁵⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁹⁵⁷ BATTESINI, Eugênio. A história do pensamento em direito e economia revisitada: dos precursores à pós-modernidade. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 666, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-1/186>. Acesso em: 04 mar. 2020.

⁹⁵⁸ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 95, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

Ademais, em Pinheiro e Saddi,⁹⁵⁹ as principais críticas à vertente pragmática da AED correspondem a sua metodologia, conceituação, abrangência e historicidade. Porém, o autor adverte, resumidamente, que tais objeções referem-se, especificamente, “[...] às suas conclusões, não ao método e em nenhum momento negam as influências da economia ou de seus princípios básicos, até porque foram os próprios acadêmicos do movimento que elaboraram tais críticas”.⁹⁶⁰

Assim, quanto à metodologia, para os críticos, a abordagem econômica aplicada ao jurídico apresenta demasiada imprecisão e confusão metodológica, visto que carece de artifícios mais simples e reveladores, sobre como identificar a natureza dos fenômenos investigados.⁹⁶¹ Neste sentido, em Pinheiro e Saddi,⁹⁶² a AED utiliza critérios – metodológicos – que não são cientificamente suficientes porque, em primeiro lugar, não se constroí e tira conclusões sobre uma teoria para, somente depois, verificar os parâmetros, metodologicamente, ainda não confirmados.

Portanto, a reivindicação de que inúmeras das proposições da *Law & Economics* são insegmentáveis, pois não podem ser medidas. Por isto, em muitas situações, considera-se a metodologia empregada pela juseconomia metafísica, ou seja, baseia-se, sobretudo, em observar como funciona o mundo, segundo enunciados próprios. Em consonância com isto, Bunge⁹⁶³ esclarece que muitos cientistas não estão preocupados – ou mesmo interessados – na fundamentação e estruturação das regras basilares do procedimento científico. E mais, muitas vezes, sequer inquietam-se em enunciar, explicitamente, todos as diretrizes e procedimentos empregados em determinadas práticas da ciência investigativa.

De outro norte, há de se ter em mente, também, a informação de que não existe método absoluto, plenamente confiável e que ofereça a solução de todos os problemas das diversificadas áreas do conhecimento humano. Nesta perspectiva,

⁹⁵⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005.

⁹⁶⁰ PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, p. 24, 2005. *E-book*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁹⁶¹ MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Volume I – The History and Metodology of *Law and Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 65-117. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁹⁶² PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2005. *E-book*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁹⁶³ BUNGE, Mario. **La investigación científica: su estrategia y su filosofía**. Tradução Manuel Sacristán. 2. ed. Barcelona: Ariel. 1989.

solucionar um problema pede um conjunto de métodos ou técnicas especiais, o que requer, então, invenção ou aplicação de procedimentos característicos e adequados às várias etapas do tratamento das perguntas, desde a mera indicação destes, até o controle das soluções propostas.⁹⁶⁴ Dentro deste raciocínio, reconhece Rosa⁹⁶⁵ que:

[...] inexistente um método absoluto, universal capaz de dar o conforto prometido pela *Law and Economics*. A decisão judicial não confere a verdade anunciada pelo critério, salvo pela fé – que remove retoricamente montanhas –, baseada no mito Divino, da Ciência ou do Mercado que estruturalmente funcionam no mesmo lugar e podem aplacar a angústia, tamponar a falta, dos sujeitos, mas é incapaz de impedir o reconhecimento de seus limites (grifos do autor).

Em verdade, cumpre esclarecer que a metodologia da Análise Econômica do Direito não oportuniza, ilusoriamente, a resolução de problemas de toda natureza, de forma que entender tal situação é fundamental para a não utilização, inconsequentemente, das premissas da abordagem a todo e qualquer conflito do universo jurídico. Além disto, a AED não ambiciona, na atualidade, fornecer – por meio de seus postulados – valores absolutos, que devam conduzir a sociedade, pelo contrário, haja vista que Posner não tem mais a maximização de riqueza como um pressuposto fundamental, mas sim como um outro critério de observação, dentre os muitos essenciais, para uma investigação científica ética.⁹⁶⁶

Ademais, outro ponto extremamente apreciado, segundo os críticos, por apresentar sérios problemas de conceituação, é a própria concepção de eficiência, já que, para esses, a eficiência não deveria ser compreendida como um valor absoluto, pois pode-se determiná-la segundo variados contextos sociais, históricos e de distribuição de renda. Do mesmo modo, a averiguação da eficiência jamais será neutra, ou seja, sempre dependerá da ideologia vigente, que a condicionará e induzirá.⁹⁶⁷

⁹⁶⁴ BUNGE, Mario. **La investigación científica**: su estrategia y su filosofía. Tradução Manuel Sacristán. 2. ed. Barcelona: Ariel. 1989.

⁹⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 92.

⁹⁶⁶ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Overcoming Law*.

⁹⁶⁷ PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2005. *E-book*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

Neste sentido, um dos principais críticos à conceituação da AED é Dworkin, teórico do direito e um grande questionador das ideias de Posner e da própria Análise Econômica do Direito. Para o autor, entre outros, existe grande conflito conceitual na utilização do termo eficiência, principalmente, quando interpretado como um critério único para medir o desenvolvimento de uma sociedade. Com este objetivo, o jusfilósofo “[...] tornou-se um crítico feroz das teorias que não levassem em consideração essa interpretação moral do Direito ou que se afastassem de valores relevantes como igualdade e justiça”.⁹⁶⁸

Nesta sequência, a maior contribuição de Dworkin para o estudo da inserção da economia na ciência jurídica está, sem dúvidas, nas críticas realizadas sobre a irrazoabilidade da riqueza e da eficiência, como valores éticos fundamentais, conferidas ao direito. Em suas análises, o escritor viabiliza a transmutação da perspectiva destes elementos – vale lembrar que, para Posner, eficiência e maximização da riqueza compõe a mesma realidade – que, para ele, assumem um delineamento bem mais discreto, pois deixa de ter uma função protagonizante para manifestar-se apenas como um outro elemento a considerar-se, enquanto pressupostos de investigação.⁹⁶⁹

Assim, no entendimento de Dworkin, muitas são as dúvidas sobre os critérios utilizados no tratamento da eficiência, além de falhas na abordagem da temática, tanto em seu aspecto normativo, quanto no descritivo – apesar ter se dedicado, consideravelmente, mais ao estudo da AED normativa. Neste seguimento, o filósofo menciona, em diversos pontos de sua obra ‘Uma questão de princípio’, que a regra de maximização de riqueza é distinta da eficiência idealizada por Pareto, uma vez que, os parâmetros utilizados pelos economistas para examinar se uma situação é, verdadeiramente, eficiente é diferente da pretendida pelos juristas.⁹⁷⁰ Nas palavras do autor:

⁹⁶⁸ RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do direito. *In*: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 111.

⁹⁶⁹ SILVA, Diego Sabóia e. **A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito**: a reciprocidade jurídico-econômica. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/94928187.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁹⁷⁰ FREITAS, Kelery Dinarte Páscoa. Reflexões acerca da eficiência na visão da análise econômica do direito: aspectos conceituais e sua criticidade. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 5, p. 117-139, out. 2012. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/148>. Acesso em: 06 fev. 2021.

A análise econômica do Direito que torna central o conceito de maximização de riqueza, deve, portanto, ser distinguida da Análise do Direito dos economistas, isto é, da aplicação a contextos jurídicos da noção de eficiência dos economistas, que é a eficiência de Pareto. Quando o economista pergunta se uma norma de direito é eficiente, geralmente quer saber se a norma de Direito é eficiente segundo Pareto, não se ela promove a maximização de riqueza.⁹⁷¹

Nota-se, portanto, que, na compreensão de Dworkin, para a AED a maximização da riqueza é atingida quando bens e recursos estão nas mãos dos sujeitos que mais os consideram. E isto somente acontece quando um indivíduo – que puder e tiver condições – valoriza e paga mais por estes bens. Ou seja, “um indivíduo maximiza sua riqueza quando aumenta o valor dos recursos que possui; sempre que consegue, por exemplo, adquirir algo que valoriza por alguma soma menor que o máximo que estaria disposto a pagar por ela”.⁹⁷²

Porém, o professor afirma que este cenário não retrata um Ótimo de Pareto, “[...] ao afirmar que a maximização da riqueza tal qual formulada pela A.E.D. é bem diferente desse fato e acha absurda a afirmação de que os juízes só devem tomar decisões que movam a sociedade para um estado de eficiência de Pareto”.⁹⁷³ Nesta linha de raciocínio, conclui o autor que a eficiência, vista pelo viés de Pareto, deve afastar-se das análises jurídicas, visto que uma decisão judicial eficiente é aquela que, simplesmente, viabiliza a maximização da riqueza.⁹⁷⁴ Consoante Dworkin,⁹⁷⁵ “atribuição de direitos deve promover a maximização da riqueza. Esse é o principal uso do padrão da maximização da riqueza no contexto judicial”.

Observa-se, ainda, que as apreciações de Dworkin não se limitaram às divergências conceituais. O estudioso foi além, ao questionar se a ideia de maximização de riqueza proposta por Posner seria um objetivo digno a ser perseguido – pelos juízes – sem esclarecer a valorização deste fim, ao ponderar, com robustos

⁹⁷¹ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 355-356.

⁹⁷² DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 352.

⁹⁷³ RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do direito. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 114

⁹⁷⁴ RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do direito. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 111-121.

⁹⁷⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 374.

argumentos, que a AED não justifica o porque de uma pessoa que possui mais recursos estar em melhores condições que outra que apresenta menos bens. Outrossim, rebate, também, que a maximização da riqueza não importa em um elemento que agrega valor social, pois, incompreensível acreditar que tal elemento seja o único almejado pelos tribunais e seus julgadores, visto que, ao se submeterem, unicamente, aos princípios balizadores da juseconomia, ao menos no tocante à pretendida eficiência, trocariam justiça por riqueza.⁹⁷⁶

Neste sentido, para a perspectiva teórica demonstrar robustez, deveria, consistentemente, assegurar que internamente seus postulados – racionalidade e utilidade, basicamente – estão aptos a sustentarem sozinhos – sem evocar qualquer outra teoria – a asserção de que o direito deve se sujeitar ao pressuposto da eficiência.⁹⁷⁷ Pois, somente assim, “[...] a rejeição [...] a qualquer consideração de justiça que seja independente da finalidade de maximizar a utilidade social pode persistir”,⁹⁷⁸ mais especificamente, “[...] o de que o direito está subordinado à busca da maximização de utilidade, ou seja, o de que a justiça se confunde com a eficiência”.⁹⁷⁹

Dworkin manifesta, ainda, que deveria demonstrar, claramente, – mas Posner não o fez – a possibilidade de uma sociedade se tornar melhor que outras, apenas pelo fato de ser mais rica. De acordo com este pensamento, “uma sociedade, [...], é melhor que outra se tem mais riqueza, mas pode ser pior, de modo geral, quando outros componentes são levados em conta, inclusive componentes de distribuição”.⁹⁸⁰ Na mesma linha proposta pelo escritor, Rosa e Linhares⁹⁸¹ contextualizam que:

As regras do jogo democrático, aquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, não podem ter como único critério

⁹⁷⁶ FREITAS, Kelery Dinarte Páscoa. Reflexões acerca da eficiência na visão da análise econômica do direito: aspectos conceituais e sua criticidade. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 5, p. 117-139, out. 2012. Disponível em: <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/148>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁹⁷⁷ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 49-101, 2007.

⁹⁷⁸ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 62, 2007.

⁹⁷⁹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 74, 2007.

⁹⁸⁰ DWORKIN, DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 357.

⁹⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05-144.

a maximização de riqueza, como aponta a AED, sob pena de submeter o campo do direito a uma racionalidade que desconhece os 'Direitos Fundamentais'.

Conforme se nota, “[...] usar a eficiência como único critério para auferir o quanto uma sociedade é melhor que outra é questionada principalmente quando se observa que crescimento econômico não é sinônimo de desenvolvimento humano”.⁹⁸² Para Copetti Neto e Morais,⁹⁸³ a análise econômica do direito é mero valor, na busca pela maximização da riqueza, e “[...] somente tende a respeitar direitos, isto é, implementa mecanismos à sua efetivação/garantia, na medida em que essa efetivação/garantia seja necessária/requerida pela eficiência econômica à maximização da riqueza”.⁹⁸⁴

Noutro ponto, a crítica de Dworkin incide na, suposta, felicidade imputada à sociedade, ou seja, no fato de “[...] um indivíduo está necessariamente em melhor situação se tem mais felicidade ao longo de toda a sua vida, apesar de ter menos em dias específicos”.⁹⁸⁵ Tudo isto indica, portanto, que a melhor situação de uma sociedade deve ligar-se à questão de maior distribuição de felicidade entre seus membros, mesmo que muitos deles não sejam felizes. Diante disto, o escritor entende que esta analogia não é realista e, assim, não considera a diferença existente entre os sujeitos, isto é, desconsidera que a ideia da busca, irrestrita, de riqueza, como o principal objetivo de uma sociedade, em detrimento de outros valores, também, relevantes para a realização do bem-estar social e da justiça.⁹⁸⁶

⁹⁸² LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 52.

⁹⁸³ COPETTI, Alfredo; MORAIS, José Luis Bolzan de. O segundo movimento *law and economics*, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (estado de) direito contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2011, v. 3, n. 4, p. 56-76, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista-04>. Acesso em: 22 maio. 2019.

⁹⁸⁴ COPETTI, Alfredo; MORAIS, José Luis Bolzan de. O segundo movimento *law and economics*, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (estado de) direito contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2011, v. 3, n. 4, p. 76, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista-04>. Acesso em: 22 maio. 2019.

⁹⁸⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 364.

⁹⁸⁶ RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do direito. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 111-121.

Outra parte de grande crítica, em Dworkin, recai, especificamente, sobre o ramo normativo da Análise Econômica do Direito e os possíveis estímulos aos benefícios a terceiros, pois, ainda que os juízos decidissem, sempre, priorizando a maximização da riqueza, isso não significaria a promoção de utilidade para os indivíduos. Assim, o autor sugere algumas adaptações na teoria posneriana para, com isto, sanar a falha na percepção de riqueza como valor.⁹⁸⁷ Neste sentido, a primeira proposta seria ignorar a coincidente relação entre decisões efetivas e as maximizadoras da riqueza e, desta forma, buscar a elaboração de teorias de prestação jurisdicional que as ignorem.⁹⁸⁸

A segunda sugestão, a seu turno, estaria na, possível, elaboração de uma teoria instrumental fraca de maximização da riqueza anexada, a um ideal de valor social, tal qual a utilidade, o que torna, por vez, o elemento nuclear da AED um bom meio a perseguir-se.⁹⁸⁹ Em última instância, recomenda o filósofo que a correlação entre decisões efetivas e as que, aparentemente, maximizam riqueza, seriam necessárias. Porém, “não mais como decisões instrumentais buscando produzir certo estado de coisas, de riqueza social, utilidade ou qualquer outra meta política, mas, antes, como decisões de princípio aplicando uma concepção plausível de equidade”.⁹⁹⁰

Dworkin, em outro momento, ao examinar, ainda, a eficiência, no âmbito da AED, menciona Guido Calabresi,⁹⁹¹ na tentativa de explorar como este teoriza a relação entre justiça e eficiência. Com efeito, Calabresi declara que a justiça não é um meio para se alcançar a eficiência, ao argumentar que “[...] a justiça deveria ser uma proibição à busca da eficiência, de modo que nenhum programa para reduzir custos gerais de acidentes deveria ser aceito se fosse realmente injusto”.⁹⁹²

⁹⁸⁷ SILVA, Diego Sabóia e. **A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito**: a reciprocidade jurídico-econômica. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/94928187.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁹⁸⁸ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle.

⁹⁸⁹ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle.

⁹⁹⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 397.

⁹⁹¹ Em especial os argumentos apresentados pelo economista na obra ‘The Costs of accidents’ (O Custo dos Acidentes) de 1970.

⁹⁹² DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 399.

Desta maneira, o jusfilósofo afirma que Calabresi, entre outros economistas do Direito, ampara-se na “[...] equivocada teoria da eficiência, que permite trocas, muito embora a apresente em outra versão (a teoria de que vale a pena buscar a riqueza social por outra razão que não seja a justiça)”.⁹⁹³ Porém, “Dworkin alega que os fundamentos expendidos por Calabresi para refutar sua doutrina possuem efeito contrário, pois se lhe confirmariam”.⁹⁹⁴ Dentro deste raciocínio:

Calabresi considera que deve existir uma troca ou combinação, não entre a redução de custos e a justiça, mas entre a riqueza total e a sua distribuição, porém Dworkin duvida que ele tenha abandonado a ideia da riqueza como componente do valor. E para entender a ideia de Calabresi sobre a necessidade de uma ‘combinação certa’, Dworkin observa que ela pode ocorrer de dois modos: como uma receita ou como uma conciliação. A conciliação ou troca, entre dois bens, ocorre de modo que ambos preservem seus valores. Já na ideia de receita, assim como em uma receita de bolo, os bens – ou ingredientes – não são valorizados independentemente, de forma isolada, mas devem ser misturados na medida certa da receita, para alcançar o objetivo desejado. Dworkin chega à conclusão que Calabresi é um utilitarista parcial que desconsidera um interesse monista na utilidade. E tenta desvendar qual dos dois sentidos de combinação certa Calabresi defende ao falar em troca ou combinação de riqueza e distribuição. Com essa finalidade, Dworkin passa então a analisar uma ideia de igualdade de tratamento.⁹⁹⁵

Enfim, convém observar que Dworkin foi um grande entusiasta na crítica da AED, tanto que dedicou parte, significativa, de sua obra ‘Uma questão de princípios’, publicada em 1985, a examinar e questionar a teoria, em especial, os conceitos de maximização de riqueza e eficiência posneriana. Tamanhas foram as apreciações que, tempos depois, o próprio Posner afastou-se, mesmo que não totalmente, do movimento da AED, em prol de uma análise ainda mais pragmática e direcionada para uma abordagem mais consequencialista, a qual ele denominou como Pragmatismo Cotidiano.

⁹⁹³ RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do direito. *In*: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 117.

⁹⁹⁴ SILVA, Diego Sabóia e. **A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito**: a reciprocidade jurídico-econômica. 2017. p. 117. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/94928187.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁹⁹⁵ RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do direito. *In*: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 117.

Para Posner⁹⁹⁶, o pragmatismo agora defende uma certa “[...] concepção de economia cai por terra, mas não o projeto da ‘teoria econômica’. Não porque este é o meu projeto, mas porque é um exemplo perfeito de aplicação da ética da investigação científica – pragmaticamente compreendida – ao direito”.

Outra limitação à escola da AED diz respeito a sua abrangência:

Gordon Tullock argumenta que o direito pode ser eficiente no sentido *ex ante* do ponto de vista geral, mas não se considerado individualmente e analisado detalhadamente. Por exemplo, muitas vezes a justiça não depende de eficiência, e sim de procedimento – e de bons advogados. Para Tullock, a abrangência dos princípios de Law & Economics foi longe demais e é necessário estabelecer certos limites para sua aplicação. Naturalmente, não é uma crítica às premissas, mas à aplicação dos conceitos.⁹⁹⁷

Assim, as apreciações em relação à abrangência da Análise Econômica do Direito, principalmente na vertente apresentada por Posner, concerne, basicamente, na sua esfera de aplicabilidade, ou seja, no fato da juseconomia empregar métodos quantitativos – como a eficiência e otimalidade – à relações, até o momento, insuscetíveis de tal aproximação.⁹⁹⁸ No entanto, para o próprio Posner,⁹⁹⁹ esperar que toda estrutura teórica da AED seja, permanentemente, traçada e comprovada seria, por demais, algo ilógico, visto que, para ele, deveriam os profissionais jurídicos desfrutar dos mecanismos disponibilizados pela economia para examinar o direito, ou seja, acreditar e utilizar a economia para explicar e melhorar as regras e instituições jurídicas, ainda que isto fosse possível somente com algumas delas.

Em complemento, portanto, os juseconomistas, a exemplo dos economistas, e diante da complexidade e dificuldade de compreensão do mundo real, elaboram, na tentativa de solucionar problemas jurídicos, modelos teóricos nos quais consideram somente as variáveis relevantes. Utilizam este procedimento na tentativa de simplificar o problema em exame e, com isto, obter as perspectivas que permaneceriam ocultas

⁹⁹⁶ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: *Overcoming Law*. p. 16.

⁹⁹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005. p. 92.

⁹⁹⁸ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30386611.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁹⁹⁹ POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Tradução de: *Economic Analysis of Law*.

ao pesquisador. Logo, a teoria econômica tem o condão de auxiliar os agentes a tornar o problema jurídico compreensível e tratável, sem fazer com que a metodologia se torne irrelevante.¹⁰⁰⁰ Assim, as características da escola, sem dúvidas, contribuem, ainda que sob críticas, para expressivas análises jurídicas, ao adicionar conceitos econômicos ao velho mundo do direito.¹⁰⁰¹

Para Minda, uma das críticas mais consideráveis – realizada ainda sobre a primeira edição da obra de Posner – foi sobre o tratamento dispensado por ele a várias áreas jurídicas em um único livro, sendo, com isto, incompletas e superficiais as suas análises. Assim, ao invés de englobar todo o âmbito da experiência jurídica, poderia a AED limitar sua abrangência para, deste modo, ter mais tempo dedicado a dominar, criticamente, campos específicos de investigações. Entretanto, seria, demasiadamente, injusto esperar que a Análise Econômica da Economia considerasse exaustivamente todos os assuntos que pretende pesquisar. Por outro lado, por uma questão de justiça, é importante perguntar se um livro – nesse caso a obra posneriana – não teria mais eficácia se fosse limitado a uma área jurídica selecionada ou a um número menor de assuntos.¹⁰⁰²

Nessa perspectiva, importa, também, lançar olhares para o momento histórico em que formularam determinados conceitos – tais como os de racionalidade e eficiência – e, conseqüentemente, influenciaram-nos, sobretudo, por meio das características de um mundo bem diferente do atual, bem como, sujestionado pelo liberalismo. Assim, na procura por alcançar a eficiência do sistema, principalmente o jurídico, critica-se, ainda, a AED, mormente, pelo fato da abordagem rejeitar argumentos de cunho ético e até sociais, já que estas preocupações não permeavam a doutrina econômica liberal do século XIX.¹⁰⁰³ Com isto, “[...] para alguns, o

¹⁰⁰⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

¹⁰⁰¹ PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2005. *E-book*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

¹⁰⁰² MINDA, Gary. The lawyer-economist at Chicago: Richard A. Posner and the economic analysis of law. **Ohio State Law Journal**, v. 39, n. 3, p. 439-475, 1978. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1811/65059>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁰⁰³ PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2005. *E-book*. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

movimento não dá a devida importância aos direitos humanos, à justiça distributiva e a valores éticos e sociais”.¹⁰⁰⁴

Habermas, por sua vez, ao apreciar o ideal juseconômico, notadamente, quanto à elaboração e aplicação de pressupostos da economia, por meio da normatividade e alicerçado na tecnocracia capitalista, se posiciona pela formulação discursiva e ação comunicativa, para favorecer interesses universalmente individuais,¹⁰⁰⁵ já que, segundo o escritor, “a questão básica está em verificar se é apropriado permitir que tecnocratas decidam os rumos da sociedade no que concerne ao aspecto econômico relevando-se uma razão sistêmica em detrimento de uma razão comunicativa”.¹⁰⁰⁶

Para contextualizar, Habermas constrói, então, sua oposição à racionalidade puramente tecnicista/econômica típica do sistema/discurso econômico-capitalista, em especial, a economia aplicada ao Direito – na perspectiva posneriana da maximização de riqueza social – com base em razões comunicativas.¹⁰⁰⁷ Sob este ponto de vista, para o autor “no agir estratégico os participantes supõem que cada um decide de maneira egocêntrica, [...]. Esse conflito pode ser decidido ou contido e posto sob controle, bem como apaziguado por um interesse mútuo”.¹⁰⁰⁸

Neste sentido, a tese acima destacada defende que os direitos dependem da economia, mas de maneira diferente do proposto pela Análise Econômica do Direito, ou seja, com um olhar voltado somente para eficiência e racionalidade privativamente econômica. Aqui, o crescimento econômico deve orientar-se para a redistribuição de bens primários (escolas, hospitais, parques), a serem usufruídos por todos os cidadãos e, especialmente, pelos mais necessitados, o que garantiria o efetivo

¹⁰⁰⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005. p. 92

¹⁰⁰⁵ GONÇALVES. Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30386611.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁰⁰⁶ GONÇALVES. Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. p. 205-206. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30386611.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁰⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. Tradução de: Wahrheit und Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze.

¹⁰⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Estudos Avançados**, v. 7, n. 3, p. 8, 1989. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528>. Acesso em: 20 jul. 2019.

exercício de liberdades no processo de desenvolvimento, e não apenas a produção de riqueza social.¹⁰⁰⁹

Em destaque, Rawls, ainda que considere consistente os escritos de grandes utilitaristas como David Hume, Adam Smith, Jeremy Bentham e Stuart Mill, também baseou sua teoria sobre a justiça em análises alternativas aos tradicionais princípios utilitários e da juseconomia.¹⁰¹⁰ Logo, Rawls compreende a racionalidade econômica de maneira diversa da AED ou do utilitarismo, já que o agente racional rawlsiniano não é aquele maximiza a utilidade ou a riqueza social como sinônimo de justiça, mas o que age em cooperação com a sociedade e somente se os benefícios puder, também, se reverter em seu próprio interesse, ou mesmo, se alcançar a si e a outras partes.¹⁰¹¹

Assim, a eficiência estaria submetida à justiça para todos, ao respeitar princípios como liberdade e igualdade, pois, com isto, os direitos básicos dos cidadãos não restariam sujeitados, diretamente, à economia e às negociações políticas. E a economia, por vez, teria como finalidade a busca e a garantia de bens primários em quantidades, ainda que desiguais, suficientes para a manutenção da vida digna dos indivíduos, situação que, segundo Rawls, determinaria apropriadamente uma repartição justa da riqueza social.¹⁰¹²

Internamente, Streck tece assuntosa crítica à Análise Econômica do Direito, dado que, para o jurista brasileiro, essa não deve encontrar respaldo diante do contexto compromissório-principiológico da Constituição Federal de 1988, visto que poderia o jurídico, compreendido pelo viés da economia, fragilizar, sobremaneira, a crescente autonomização do direito. Em outras palavras, a Carta Maior é uma “[...] manifestação desse (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral”,¹⁰¹³ a qual adquiriu espaço desde

¹⁰⁰⁹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 49-101, 2007.

¹⁰¹⁰ RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de: A theory of justice.

¹⁰¹¹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 49-101, 2007.

¹⁰¹² RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de: A theory of justice.

¹⁰¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 247-248.

o século XX e atingiu o seu auge, especialmente com a elaboração de Constituições após a Segunda Grande Guerra.¹⁰¹⁴ Em Streck:¹⁰¹⁵

No fundo, a análise econômica do direito (AED) se insere no conjunto de discursos predadores do direito (e de sua autonomia), ao lado da política e da moral [...]. Estes podem ser denominados 'predadores externos'; já os 'predadores internos' são incontáveis e encontram terreno fértil na dogmática jurídica (senso comum teórico dos juristas) e até mesmo em algumas teorias críticas, valendo referir as teses que pretendem relativizar a coisa julgada, a substituição do direito legislado pela jurisprudencialização e, talvez o mais perigoso de todos, a discricionariedade judicial (caminho para arbitrariedades).

Importante destacar também, que uma das melhores críticas nacionais, de acordo com Streck,¹⁰¹⁶ foi a de Rosa,¹⁰¹⁷ ao examinar a racionalidade econômica presente na teoria da Análise Econômica do Direito. Assim, para o autor elogiado, as decisões ultra-rationais tomadas pelo *homo economicus* são motivadas, primeiramente, pela crença explícita e ingênua na consciência plena do sujeito; em segundo lugar, por rejeitar uma ordem preestabelecida na convicção da mão invisível e do mercado como a única fonte de justiça; e por fim, por reconhecer a liberdade opressora própria do liberalismo como fundamento maior de todo o sujeito.

Na sequência de limitações apresentadas, o jurista aponta que o direito e a economia são campos incomensuráveis, portanto, o diálogo entre eles seria dificultoso e, talvez, até ineficaz, sobretudo, pelo fato de o direito desconhecer as regras de funcionamento do mercado e a economia, racionalista e neoliberal, desconhecer as reais necessidades dos indivíduos, o que tornaria impossível um discurso único aplicável às duas ciências. No pensamento de Avelãs Nunes,¹⁰¹⁸ para os distintos campos do conhecimento caminharem juntos e na mesma direção:

[...] é preciso modificar as estruturas de direitos, i. é, as estruturas do poder econômico e do poder político, modificar a racionalidade que

¹⁰¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁰¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 248.

¹⁰¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁰¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coords). **Diálogos com a law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05-144.

¹⁰¹⁸ AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003. p. 121.

preside às economias e às sociedades capitalistas. É preciso rejeitar a lógica neoliberal, que deixa de fora da análise econômica e social da realidade *o poder, as relações de poder e as estruturas do poder*, e sustenta tudo aquilo de que a humanidade precisa é um *mercado livre*, que o resto vem por si. Ao contrário: o mercado (e as suas leis 'naturais', aprioristicamente capazes de resolver todos os problemas da humanidade) é precisamente um dos mecanismos fundamentais da estrutura de direitos e poderes que se admitte ser necessário modificar (grifos do autor).

Noutra ótica, Rosa aponta que, uma aparente despolitização do jurídico, por meio da proliferação do discurso técnico-econômico, sem uma vinculação estritamente normativa, criticamente, torna o direito e, conseqüentemente, a decisão judicial e sua teoria, um mero instrumento, avaliado segundo as diretrizes econômicas, em especial sob o norte da eficiência. No mesmo sentido, o autor acrescenta que a proposta teórica em análise se fundamenta, ainda que estranhamente, na necessidade de limitação dos Estado democráticos, mesmo diante da crescente constitucionalização da esfera privada, o que pode gerar uma mercantilização de muitos direitos fundamentais, já que, passam a considerar estes em sua horizontalidade e a valorização quantitativa deles facilita sua troca no mercado jurídico.¹⁰¹⁹

Por fim, é oportuno lembrar, que a primeira edição da obra *Análise Econômica do Direito*, de Posner, foi alvo de inúmeras críticas e, por isto, revisitada, teoricamente, por grandes estudiosos do direito e da economia. No entanto, já na segunda edição da obra, o jurista, então, faz referência a estas críticas, ao incorporar algumas das sugestões feitas pelos revisores. Contudo, “seria de se esperar que um autor de uma segunda edição tentasse responder às principais críticas levantadas pelos revisores da primeira edição, bem como tentasse atualizar a primeira”¹⁰²⁰ (tradução nossa). Porém, muitas destas considerações levantadas foram ignoradas pelo autor, ou enfatizadas, mesmo diante dos questionamentos anteriores.¹⁰²¹

¹⁰¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a law and economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05-144.

¹⁰²⁰ “One would expect that an author of a second edition would attempt to respond to the principal criticisms raised by the reviewers of the first edition, as well as to try to bring the first edition up to date”. MINDA, Gary. The lawyer-economist at Chicago: Richard A. Posner and the economic analysis of law. **Ohio State Law Journal**, v. 39, n. 3, p. 442, 1978. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1811/65059>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁰²¹ MINDA, Gary. The lawyer-economist at Chicago: Richard A. Posner and the economic analysis of law. **Ohio State Law Journal**, v. 39, n. 3, p. 439-475, 1978. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1811/65059>. Acesso em: 16 mar. 2021.

Assim, reconhecer a existência de pontos questionáveis numa abordagem teórica torna-se necessário, quiçá imprescindível, para se moldar o procedimento investigativo e legitimar a metodologia, bem como, afastar os problemas parcialmente irrelevantes, bem como identificar os casos para os quais é capaz de contribuir no avanço da ciência. Destarte, consideradas, sinteticamente, algumas das insuficiências da Análise Econômica do Direito, verificar-se-á, a fim de avançar, algumas das contribuições da juseconomia para a pesquisa jurídica. Então, seguir-se-à em busca deste objetivo.

3.5 Algumas contribuições da Análise Econômica do Direito para a pesquisa jurídica

Finalizada a breve incursão sobre a Análise Econômica do Direito e sua abordagem, importante, também, e em caráter exemplificativo, identificar algumas contribuições de seu instrumental metodológico empregado na pesquisa e prática jurídica pátria. Assim, diante da relação umbilical entre o direito e a economia, e dos contantes desafios enfrentados pela sociedade, numa conjectura de recursos escassos, este segmento destina-se a apresentar, ainda que brevemente, a aplicação das ferramentas da AED utilizadas nas mais variadas áreas do Direito.

Neste ponto, é claramente admissível que o estudo do conjunto teórico da AED é fundamental para uma nítida compreensão da matéria em análise. Porém, uma olhadela, muitas vezes, para o repertório da própria prática ajuda a clarificar o uso desse aporte em situações jurídicas reais, mesmo diante das críticas e resistências, pois, enquanto vanguardistas, os tribunais pátrios têm, ainda que timidamente, lançado mão das razões econômicas, para explicar o Direito. Isto porque, em dias hodiernos, há uma carência por identificar, especialmente em outros setores do conhecimento, mecanismos que corroborem para o entendimento dos conflitos humanos, cujos argumentos, unicamente, jurídicos não conseguem ser, suficientemente, capazes de dar a compreensão mais próxima e adequada à vida social das pessoas.

Frente a isto, embora a aproximação entre o direito e a economia não seja, de tudo, pacífica, Esteves¹⁰²² considera que, para construir uma perspectiva

¹⁰²² ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Economia e direito**: um diálogo possível. 2010. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal

interdisciplinar na área, reivindica-se não apenas uma reformulação da maneira como a pesquisa empírica economia vislumbra o direito, mas é necessária, ainda, uma inserção da efetiva idéia de exploração da prática no cotidiano jurídico. Para tanto, careceria de uma análise, em especial de dados que permitam testar a influência da economia no processo decisório dos agentes em outras esferas da vida e assim, conseqüentemente, seus efeitos também em ambiente jurígeno.

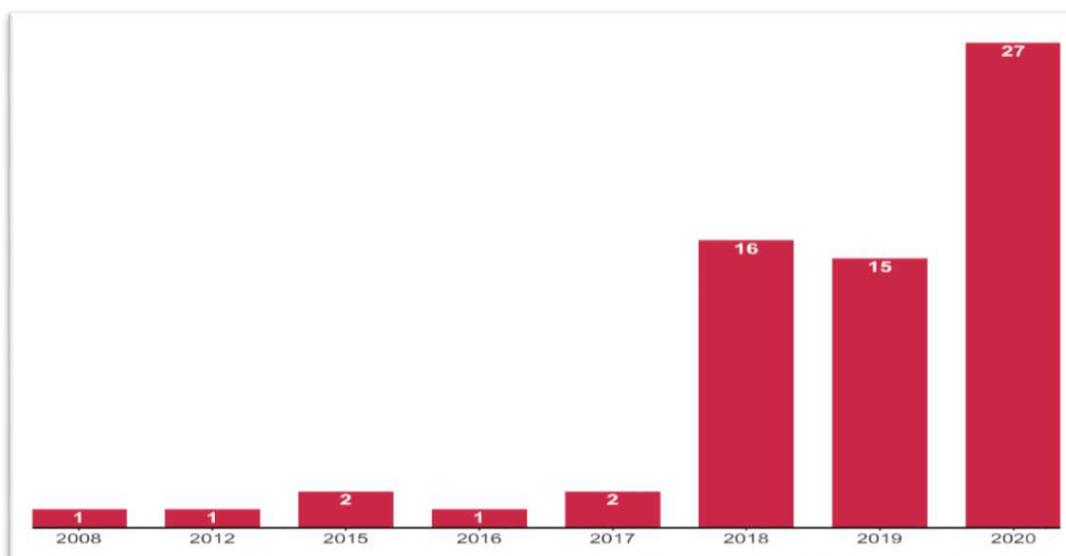
Assim, mesmo diante de crescentes estudos, bem como do interesse acadêmico pela AED no país, os aplicadores finais do direito ainda apresentam certa resistência a sua utilização nas contendas concretas. Porém, em levantamento jurisprudencial recente – de 15 de janeiro de 2021 – realizado pelo Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça¹⁰²³ (DEJ) desenvolvido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), demonstrou-se a existência de 60 (sessenta) decisões monocráticas e 5 (cinco) acórdãos no Superior Tribunal de Justiça que mencionam expressamente a Análise Econômica do Direito. Das 65 (sessenta e cinco) decisões descobertas, 27 (vinte e sete) – aproximadamente 42% dos casos – são publicações realizadas em 2020, o que indica a expansão da aplicação da AED pelo tribunal.¹⁰²⁴ O gráfico abaixo demonstra o crescimento da utilização da AED no Superior Tribunal de Justiça (STJ) por ano pesquisado:

do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPGE/teses/2010/Heloisa%20Borges%20Esteves.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁰²³ OBJETIVO do projeto. **Projeto de difusão de conhecimentos em direito, economia e justiça.** Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro. Disponível em: <https://dej.fgv.br/o-projeto>. Acesso em: 23 mar. 2021. “O Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça (DEJ), parte do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV DIREITO RIO, tem por objetivo principal auxiliar autoridades públicas no enfrentamento desses desafios. O projeto oferece parcerias voltadas para o aperfeiçoamento técnico em conceitos econômicos pertinentes à esfera de atuação de juízes, promotores, procuradores, e demais agentes que contribuem para a conformação final da jurisprudência brasileira”.

¹⁰²⁴ ANÁLISE Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ. **Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça.** Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro. Disponível em: <https://dej.fgv.br/noticias/analise-economica-do-direito-na-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Gráfico 1 – Decisões com menção à AED no STJ



Fonte: Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça¹⁰²⁵

No entanto, ainda que haja visível expansão no uso da denominação AED, nem sempre as deliberações aplicam, decisivamente, a abordagem, mas apenas aludem-na, de modo a afastá-la ou fazer referência aos seus argumentos quando apresentados pelas partes sem, contudo, valer-se deles para o efetivo embasamento das causas em resolução. Todavia, na maioria dos pleitos pesquisados, ou seja, em 52 (cinquenta e dois) dos casos identificados pelo DEJ, os pressupostos da juseconomia foram empregues, direta e positivamente, na fundamentação da decisão, e somente em 13 (treze) litígios afastou-se ou somente foi feito menção dos requisitos da metodologia contrariamente à decisão ao final alcançada. Nesse interím, a investigação evidenciou uma generalidade temática cuja a AED admitiu-se. Porém, a grande maioria relacionava-se ao Direito Processual Civil e os julgamentos, as quais enfatizavam, por sua vez, a necessária busca por economicidade, equilíbrio e pela eficiência dos instrumentos processuais.¹⁰²⁶

Outra pesquisa hodierna salientou, também, a hipótese de evolução – quantitativa e qualitativa – da utilização de conceitos e técnicas ligados à Análise

¹⁰²⁵ ANÁLISE Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ. **Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça**. Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro. Disponível em: <https://dej.fgv.br/noticias/analise-economica-do-direito-na-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁰²⁶ ANÁLISE Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ. **Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça**. Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro. Disponível em: <https://dej.fgv.br/noticias/analise-economica-do-direito-na-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Econômica do Direito nas decisões proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente após 2015. Neste cenário, por meio de uma investigação empírica, realizada na jurisprudência da Corte Maior, identificou-se 39 (trinta e nove) acórdãos cujo embasamento utilizou o raciocínio econômico, no lapso temporal compreendido entre 1991 e 2019. Da análise, minuciosa, dos julgamentos, notou-se que, gradativamente, se ampliou a densidade na aplicação do instituto, aumentou a influência da metodologia econômica e, em virtude disto, cresceram os casos em que a doutrina da AED foi a base para a fundamentação de julgados do STF ao longo do tempo.¹⁰²⁷

Neste sentido, o trabalho destacou dois momentos distintos, em que o STF aplicou o pensamento econômico em suas deliberações. O primeiro vai até 2014, onde a AED aparece em diversos julgados, porém como instrumento sutil, a embasar os julgamentos do Juízo Superior. E, de outra parte, a partir de 2015 houve, considerável, aumento no emprego – expresso e ostensivo – do ferramental econômico, a fim de fundamentar, de maneira metodologicamente precisa, os acórdãos proferidos. Assim, o estudo concluiu pelo aumento da quantidade de decisões que utilizaram conceitos relacionados à AED, bem como, pela maior densidade no desempenho da racionalidade econômica, como fundamento das deliberações oriundas do maior Tribunal pátrio.¹⁰²⁸

No entanto, foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.062/2016 que impulsionou uma mudança de orientação no STF, pois nele o Ministro Luiz Fux, ao relatar seu voto, o fez favorável e detalhadamente no sentido da utilização de variados institutos da Análise Econômica do Direito. A partir desta apreciação, o Ministro passou a dar constante ênfase à importância deste novo paradigma, bem como a incentivar a sua utilização nos mais diversos ramos do direito, visto que o uso da AED contribui para a celeridade processual, promove segurança jurídica, além de englobar questões relacionadas à isonomia, devido processo legal, ampla defesa e duração razoável, ou seja, promove a otimização das decisões judiciais à luz da eficiência.¹⁰²⁹

¹⁰²⁷ CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2021.

¹⁰²⁸ CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2021.

¹⁰²⁹ CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2021.

Nesta perspectiva, conforme ensina Yeung,¹⁰³⁰ em recente publicação, “a análise econômica constitui-se em um instrumental de observação da realidade social” e, em desacordo com o que o senso comum patrocina, a ciência econômica não objetiva estudar, puramente, o dinheiro ou a economia (na percepção de mercados de compra e venda). Mas sim, compreender “[...] as consequências das decisões ou escolha dos indivíduos, sob quaisquer aspectos [...]”, ou melhor “[...] escolhas de alocação de tempo, de planejamento de carreira, de investimento em escolaridade, de carreira, de constituição de família, e, por que não, de cometer ou não atos ilícitos”.

Na mesma linha, apesar de, até agora, serem restritos os casos em que a AED é, expressamente, empregada pelos tribunais brasileiros ou outras instituições, como observou-se anteriormente, nota-se um exponencial avanço do número de situações em que, progressivamente, o pensamento jurídico ligado à economia ganha espaço, principalmente, na jurisprudência nativa. Diante disto, atenta-se que, em algumas áreas, a *juseconomia*, frequentemente, é mais recorrente como Direito dos Contratos, Direito Penal e a Responsabilidade Civil. Assim, perante o exposto, cabe aludir alguns exemplos de situações práticas em que a abordagem econômica, efetivamente, contemplou a perspectiva jurídica.

Primeiramente, no campo contratual, convém indicar que a AED começou a influenciar, aproximadamente, no ano de 1970 e, segundo muitos estudiosos, tornou-se o estilo acadêmico que atualmente domina a teoria contratual, ainda que tal modelo comportamental demonstre falhas e careça, para alguns, de revisão teórica. Neste sentido, o emprego da AED na esfera dos contratos ocorre tanto de maneira descritiva, quanto de forma normativa. Ou seja, será descritivo quando analisar e explicar o direito desenvolvido pelas Cortes forenses, ou ainda, normativizado, nos casos em que demonstrar que o acordo é eficiente, ao prever contratos juridicamente executáveis.¹⁰³¹

¹⁰³⁰ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista (lei nº 13.467/2017). **Revista Estudos Institucionais – Journal of Institutional Studies**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 895, 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227/157>. Acesso em: 29 jan. 2021.

¹⁰³¹ POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** Tradução Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010. Tradução de: *Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?*

Desta forma, verifica-se que a Análise Econômica Direito, aplicada aos contratos, independente da vertente, contribui para a resolução de problemas, tipicamente comuns neste cenário, tais como a existência de cláusulas incompletas, indetermináveis, incoerentes ou mal formuladas, bem como, o inadimplemento pelo descumprimento das recomendações postas no acordo. Com isto, o uso das ferramentas econômicas pelos profissionais do direito tem o poder de colaborar para que novas e melhores abordagens contratuais surjam, ao se interpretar e entender o direito contratual - agora pelos olhos da juseconomia – de maneira coerente e no intuito de exigir, sempre, o cumprimento das clausulas pactuadas.¹⁰³²

Diante disto, segue, como amostragem, o Acórdão proferido em Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde a AED é apresentada pelo Relator na práxis contratual:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da *análise econômica do direito*.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial,

¹⁰³² FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; SILVA, Marcos Alves da. A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, Brasília**, v. 2, n. 1, p. 103 – 120, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1671/PDF>. Acesso em: 21 mar. 2021.

a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015)¹⁰³³ (grifos nossos).

Em breve comentário, o julgado acima deixa clara a aproximação entre o direito e a economia, quando examina, sob o enfoque da AED, a função social dos contratos, ao remeter o leitor ao artigo 50 da Lei n. 10.931/2004¹⁰³⁴ que, por sua vez, direciona-se ao princípio da eficiência processual, disposto no Código de Processo Civil¹⁰³⁵ (CPC) de 2015, o qual almeja o alcance aos fins dos litígios, por meio do menor uso de recursos possíveis. Desta feita, sendo possível ao autor inquirir o contrato, somente, em parte, evita-se, o desperdício financeiro, manutenção da segurança jurídica no negócio, bem como, o andamento do contrato mesmo diante da incerta demanda judicial em curso, o que contribui, sobremaneira, para a eficiência econômica dos contratos e para a desenvolvimento do mercado.

Outra área em que é possível observar a influência da abordagem econômica é o Direito Penal, visto que o modelo fixado pelo Estado de política criminal segue,

¹⁰³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 1163283 Rio Grande do Sul**. Recurso Especial. Processual Civil. Contratos de financiamento imobiliário. Sistema financeiro de habitação. Lei n. 10.931/2004. Inovação. Requisitos para petição inicial. Aplicação a todos os contratos de financiamento. 1. análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado [...]. Embargante: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A – Banrisul. Recorrente: Ignez Ivone Alovisi e outro. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 07 de abril de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185363819/recurso-especial-resp-1163283-rs-2009-0206657-6/relatorio-e-voto-185363841>. Acesso em: 21 mar. 2021.

¹⁰³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

¹⁰³⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

inúmeras vezes, especificações de conteúdo econômico, como a teoria criminológica do abolicionismo penal, a política criminal de lei e ordem e o direito penal mínimo. Legislativamente, muitos tipos penais também são caracterizados com base na valoração econômica, a exemplo da aplicação do princípio da insignificância e de algumas medidas cautelares diversas à pena restritiva de liberdade. Em âmbito jurisprudencial, também aparecem precedentes, onde aplicam os aspectos econômicos com o fito de determinar a criminalização ou não de condutas crininosas.¹⁰³⁶ Neste sentido, tem-se o julgado abaixo:

CRIMINAL. RESP. DESCAMINHO. NÃO INCIDÊNCIA, NO CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO, DAS ALÍQUOTAS DO PIS E DO COFINS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Tratando-se de crime de descaminho, não incide sobre o cálculo do imposto devido a alíquota do PIS, tampouco a do Cofins, nos termos do inc. III do art. 2º da Lei nº 10.865/04. Nos termos do julgamento, pela Terceira Seção, do Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.748/TO, pacificou-se o entendimento no sentido de que o princípio da insignificância no crime de descaminho incide quando o débito tributário não ultrapassar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002. Não deve ser objeto de cassação ou reforma acórdão que se encontra em consonância com o entendimento desta Corte. Recurso especial conhecido e desprovido, nos termos do voto do relator. (STJ, REsp 1231432/PR, Relator Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, j. 13.03.2012, DJe 20.03.2012).¹⁰³⁷

Observa-se então, que a ementa supra faz referência ao princípio da insignificância, cuja aplicação recaiu em crime de descaminho, momento em que se invocou o artigo 20, da Lei n. 10.522/2002,¹⁰³⁸ o qual prevê o arquivamento dos autos de excução fiscal de débitos inscritos na dívida ativa da União, pela Procuradoria-

¹⁰³⁶ SCHULZE, Clenio Jair. Análise econômica do direito penal e do processo penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Não paginado. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Clenio_Schulze.html. Acesso em: 26 mar. 2021.

¹⁰³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial n. 1231432 Paraná**. Criminal. Resp. Descaminho. Não incidência, no cálculo do imposto devido, das alíquotas do PIS e do Cofins. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Recurso conhecido e desprovido. Tratando-se de crime de descaminho, não incide sobre o cálculo do imposto devido a alíquota do PIS, tampouco a do Cofins, nos termos do inc. III do art. 2º da Lei nº 10.865/04. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Dário Enrique Frutos. Relator: Ministro Gilson Dipp, 13 de março de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428916/recurso-especial-resp-1231432-pr-2011-0021003-4-stj/inteiro-teor-21428917>. Acesso em: 26 mar. 2021.

¹⁰³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, quando o valor for igual ou menor que R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Diante da situação, verifica-se que o autor da conduta criminosa não receberá censura penal, isto porque, segundo o entendimento ainda não pacificado, os custos e benefícios para o ajuizamento da contenda mostram-se reduzidos, por vez, ineficaz e, portanto, não maximiza riqueza, na linha de entendimento da da AED.¹⁰³⁹

A seu turno, a Responsabilidade Civil é outro setor em que se utiliza a teoria da AED, com vistas a uma, possível, compreensão do direito, já que se constitui, essencialmente, de um conjunto de subsídios para a tomada de consciência, ou não, dos indivíduos sobre as condutas onerosas passíveis de praticarem em sociedade. Assim, vê-se a juseconomia como uma possibilidade para a melhoria da fixação e alteração da estrutura organizacional dos incentivos, tradicionalmente, existentes, e também, para dar maior consistência à imputação e quantificação de valores indenizatórios.

Para tanto, alguns exemplos, segundo os aportes da economia, têm sido usados para indicar mudanças na determinação da responsabilidade na esfera civil. Dentre eles destaca-se a proposta formulada pelo juiz norte-americano Learned Hand, que determina que a responsabilidade do causador de um dano será determinada, respectivamente, pela avaliação das vantagens alcançadas, ou não, com a conduta ofensiva, e se estas são maiores ou melhores que as aplicações realizadas em precauções. Ou seja, para a regra de Hand, o autor será culpado quando o custo da sua prudência for menor que as vantagens obtidas com o dano resultante.¹⁰⁴⁰

Com efeito, a satisfação de custos de precaução dos eventos danosos, conjuntamente com o valor do próprio dano, também é, economicamente, levada em conta para a auferição da responsabilidade do sujeito. Isto é, pondera-se os custos vinculados à ocorrência de eventos nocivos, pois, quanto maiores forem tais custos, menor será a probabilidade de novos episódios.¹⁰⁴¹ Outro ponto considerável otimização na esfera da responsabilidade civil, pela AED, é a aplicação indenizações

¹⁰³⁹ SCHULZE, Clenio Jair. Análise econômica do direito penal e do processo penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Não paginado. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Clenio_Schulze.html. Acesso em: 26 mar. 2021.

¹⁰⁴⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

¹⁰⁴¹ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos tribunais brasileiros e a análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

mais eficientes, como na utilização do ‘punitive damages’ – por exemplo. Ou melhor, uma indenização de caráter punitivo, que majora indenização imposta ao ofensor – em casos de extrema gravidade e reinteração – com sentido de reprovar sua conduta, mas também, de mitigar a recorrência de atos lesivos.¹⁰⁴² Neste sentido, segue julgado, a título de amostra:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AGRESSÃO PRATICADA POR AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. TESE NÃO PREQUESTIONADA: SÚMULA 282/STF. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRECEDENTES DO STJ. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal a quo se manifesta sobre as questões ditas omissas. 2. Por outro lado, inexiste contrariedade ao art. 535 do CPC relativamente às questões ditas omissas que não foram oportunamente suscitadas, o que desobriga o Tribunal de emitir juízo de valor a respeito. 3. Aplica-se o enunciado da Súmula 282/STF quanto às teses não prequestionadas. 4. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 5. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 6. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 7. Acórdão que fixou o valor do dano moral em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) que se revela excessivo, considerando-se não ter havido incapacitação física laborativa ao autor, mas tão-somente abalo psíquico. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ - REsp: 715320 SC 2005/0003903-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 28/08/2007, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 11/09/2007 p. 209LEXSTJ vol. 219 p. 112).¹⁰⁴³

Deste modo, observa-se, ainda que num único voto, uma predisposição do STJ em aplicar a função punitivo-compensatória das indenizações civis, conforme conteúdo do julgado acima, visto que, o dispositivo procurou por compensar os danos

¹⁰⁴² ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages* e sua aplicabilidade no Brasil. **Doutrina: edição comemorativa**, 25 anos, Superior Tribunal de Justiça, Brasília. p. 321-345, 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁰⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 715320 Santa Catarina**. Administrativo. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Agressão praticada por agente da Polícia Federal. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência de Omissão. Tese não prequestionada: Súmula 282/STF. Valor da Indenização. Revisão do Quantum Indenizatório. Precedentes do STJ. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o tribunal a quo se manifesta sobre as questões ditas omissas. Recorrente: União. Recorrido: Jair Antônio Luiz. 28 agosto de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8884680/recurso-especial-resp-715320-sc-2005-0003903-1/inteiro-teor-13992285>. Acesso em: 28 mar. 2021.

sofridos pela vítima, mas, também, vislumbrou a punição do causador da ofensa, para, desta maneira, desestimular futuras práticas lesivas parecidas. Na mesma linha é o posicionamento de julgados do STF, em que o Ministro Celso de Mello estipula, em seu relatório, “[...] a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (‘punitive damages’) e a natureza compensatória da vítima”.¹⁰⁴⁴

Ato contínuo, contempla-se – pela análise destas decisões hodiernas – que, como a muito já afirmava Coase, o comportamento dos tribunais certamente influencia a atividade econômica. Então, parece perfeitamente apreciável que o poder judiciário deva, também, entender as consequências econômicas de suas decisões, sem, contudo, gerar incertezas jurídicas, ou melhor, quando possível é, obviamente, desejável reduzir a necessidade de transações de direitos no mercado, mas sem alterar a delimitação legal destes mesmos direitos.¹⁰⁴⁵

Logo, ao examinar tais ensinamentos, vislumbra-se que a abordagem econômica da responsabilidade civil aprecia, sobretudo, a necessidade de os tribunais oferecerem maior instrumentalidade para esta esfera do direito, ao pensar o instituto como um mecanismo à disposição da realização certos objetivos, em especial a compensação do dano e a inocorrência de novos eventos lesivos.

O Direito Ambiental, por sua vez, é outra área em que a análise econômica contribui para um possível aperfeiçoamento do direito, mormente para a criação de mecanismos que visem a compensar algumas das externalidades vistas como ambientalmente negativas, tal como a poluição. Como exemplo, atualmente, faz parte da política ambiental da maioria dos países, inclusive do Brasil, o denominado princípio do poluidor-pagador, cuja função é internalizar os custos sociais decorrentes de atividades que acarretem malefícios ambientais a terceiros, pois, com isto as decisões dos agentes econômicos poluidores – quando tomadas – tendem a avaliar, também,

¹⁰⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 455846 Rio de Janeiro**. Responsabilidade Civil Objetiva do Poder Público. Elementos Estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do Risco Administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em Hospital Público. Dano Moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (‘exemplary or punitive damages’) e (b) natureza compensatória ou reparatória. Doutrina. Jurisprudência. Agravo Improvido. Embargante: União. Embargante: Daniel Felipe de Oliveira Netto e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 11 de outubro de 2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795332/agravo-de-instrumento-ai-455846-rj-stf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁰⁴⁵ COASE, Ronald Harry. The problem os social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

as vantagens e desvantagens de poluir o meio ambiente, sendo, assim, economicamente eficientes.¹⁰⁴⁶ Veja, de maneira ilustrativa, a ementa abaixo, sobre o assunto:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pela supressão de vegetação típica de brejo sem autorização do órgão ambiental competente. O juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais consideraram provado o dano ambiental e condenaram o réu a repará-lo; porém, julgaram improcedente o pedido indenizatório pelo dano ecológico pretérito e residual. 2. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros). 3. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que fixe, in casu, o quantum debeat reparatório do dano já reconhecido no acórdão recorrido. (STJ-REsp: 1255127 MG 2011/0091499-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 18/08/2016, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/09/2016).¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁶ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

¹⁰⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1255127 Minas Gerais**. Administrativo. Ambiental. Ação Civil Pública. Desmatamento em Área de Preservação Permanente, sem Autorização da Autoridade Ambiental. Danos Causados à Biota. Interpretação dos Arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 e do Art. 3º da Lei 7.347/85. Princípios da Reparação Integral, do Poluidor-Pagador e do Usuário-Pagador. Possibilidade de Cumulação de

Com efeito, o julgado trata, em Ação Civil Pública, de situação que ensejou, particularmente, a responsabilização por danos causados à vegetação típica, sem autorização de entidade de competente, decisão que fundamentada no princípio do poluidor-pagador, para justificar a reparação dos danos gerados ao meio ambiente. Em vista disto, o princípio em questão, uma diretriz geral do Direito Ambiental, no presente não é nada mais que a economia aplicada à integralização de custos sociais, pois objetiva a alocação adequada de custos, por meio da internalização das externalidades ambientais negativas, ou seja, utilizam-no como uma premissa essencialmente econômica.¹⁰⁴⁸

Ademais, sendo a Análise Econômica do Direito um campo do conhecimento humano com o propósito de usar as ferramentas teóricas e práticas da economia, no intuito de expandir e compreender o direito, assim como, aperfeiçoar, desenvolver e avaliar as consequências da aplicação das normas jurídicas, faz-se, neste momento, importante comentar que a abordagem econômica também está presente em muitas leis em vigor, como, por exemplo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰⁴⁹ (LINDB), a qual, no artigo 5º, prevê que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, bem como, no artigo 20, diz que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão”.

Por fim, convém esclarecer que estas foram somente algumas demonstrações da efetiva utilização dos postulados da Análise Econômica do Direito, visto que a abordagem ganha cada vez mais adeptos e oferece, com isso, elementos para a

Obrigação de Fazer (Reparação da Área Degradada) e de Pagar Quantia Certa (Indenização). Reduction ad Pristinum Statum. Dano Ambiental Intermediário, Residual e Moral Coletivo. Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Interpretação in Dubio Pro Natura da Norma Ambiental. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pela supressão de vegetação típica de brejo sem autorização do órgão ambiental competente. [...]. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Vera Lúcia de Faria Paiva. 18 agosto de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862797750/recurso-especial-resp-1255127-mg-2011-0091499-0/inteiro-teor-862797760?ref=serp>. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁰⁴⁸ MOREIRA, Danielle de Andrade; LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira; MOREIRA, Izabel Freire. O princípio do poluidor-pagador na jurisprudência do STF e do STJ: uma análise crítica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 367-432, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/issue/view/54>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁰⁴⁹ BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

fundamentação de decisões judiciais, construção de políticas públicas e elaboração de leis em diversificadas áreas do Direito brasileiro, com o propósito de minimizar o descompasso entre o mundo jurídico e a realidade fática.

Porém, considerável atenção deve ser dispensada à proposta econômica aplicada ao direito, pois, ainda que consistente e enriquecedora algumas de suas ferramentas, não parece idôneo a economia e, com ela, o poder econômico, na atual sociedade, já capitalista e globalizada, exercer tamanho papel, ao influenciarem – por meio das questões jurídicas – a concretização, ou não, de direitos e, por consequência, a dignidade da pessoa humana,¹⁰⁵⁰ pois caberia ao julgador – e demais profissionais jurídicos – analisar entre todas as possíveis decisões qual seria a mais eficiente, não só para as partes envolvidas, mas para o desenvolvimento de toda a sociedade.

Então, o que se nota é que existem provas significativas da contribuição da Economia para o Direito, mas a efetividade de direitos fundamentais “[...] restará prejudicada se os conceitos econômicos não forem observados pelo Direito, e vice-versa”.¹⁰⁵¹ Pois, ainda que as discussões deste trabalho sejam travadas na esfera da pragmática jurídica e da teoria da decisão judicial, o que se pretende, objetivamente, é uma reflexão em torno do melhor fundamento decisório, com vistas a alcançar o direito ao desenvolvimento. Neste contexto, o estudo passa agora a tratar do direito ao desenvolvimento, não sob o viés somente econômico, mas, também, pelos olhos dos direitos humanos. Sigar-se-á, então, por este caminho.

¹⁰⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 19-34, jan./mai. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47301/45682>. Acesso em: 21 jun. 2018.

¹⁰⁵¹ LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 107.

4 DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

O conteúdo que segue se propõe a apresentar o direito ao desenvolvimento, a vista dos inúmeros debates sobre a temática, muitos devido, principalmente, à globalização, e seus efeitos, às novas tecnologias, que avançam e impactam a vida social, à desigualdade, que cresce e estigmatiza os povos do mundo, bem como, outros fenômenos sociais e humanos, de características controvertidas e problemáticas, que carecem de compreensão e integração pelo direito, a fim de, assim, as pessoas tomarem consciência de que possuem direito a ter direitos, que é a principal finalidade do direito ao desenvolvimento.

Para tanto, as análises partirão, primeiramente, da contextualização sócio-histórica, em que os sujeitos se inserem para, com isto, compreender a formação do direito ao desenvolvimento humano, o que deveria ser a principal busca da sociedade em geral. A jornada evolutiva de progresso da humanidade exigiu a materialização de muitos direitos, de forma que a observância destes se tornou essencial entre os integrantes de determinada comunidade. Assim foi que muitos destes se manifestaram, basilaramente, para conter os desmandos do Estado.

Entretanto, como as ideias, convicções e interesses das pessoas se transformam reiteradamente, os direitos primordiais também foram, ao longo do tempo, alterados, haja vista não serem absolutos e limitativos, mas entendidos como naturais e universais.

Sequencialmente, debruçar-se-á sobre as percepções de Amartya Sen,¹⁰⁵² cujo entendimento sobre o desenvolvimento está atrelado ao bem-estar de todos, na sua relação com o meio ambiente sustentável, políticas educacionais, igualdade de gênero, melhores condições de saúde e de trabalho e compromisso com a promoção da liberdade. A liberdade é o principal fim do desenvolvimento, pois o desenvolvimento e o crescimento econômico devem estar a serviço da qualidade de vida das pessoas.

Posteriormente, importante frisar, também, que o lançamento do direito ao desenvolvimento deu-se à posição de direito humano, visto sua inclusão no sistema global de proteção pela Organização das Nações Unidas (ONU). Porém, este não foi enunciado, formalmente, pelo direito constitucional pátrio como um direito

¹⁰⁵² SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

fundamental, mas o fixou no preâmbulo da Carta Magna, como uma diretriz para a construção do Estado Democrático brasileiro, nos objetivos da República Federativa do Brasil, bem como, no título da Ordem Econômica e Financeira, a fim de garantir, mesmo que teoricamente, um desenvolvimento nacional equilibrado.

Por fim, considerar-se-á, também, a instrumentalidade do direito ao desenvolvimento, com a finalidade de efetivar a implantação do processo de progresso dos indivíduos, o que se funda, por sua vez, em bases sólidas e justas, como a igualdade e a liberdade. Todavia, a instrumentalização e a efetivação de muitos direitos são comprometidas diante da inaptidão do Estado de monopolizar o poder, em tempos de economia globalizada e, com isto, garantir e implementar direitos humanos e fundamentais e, conseqüentemente, o direito ao desenvolvimento.

Desta forma, a Análise Econômica do Direito, particularmente em sua abordagem descritiva, seria utilizada para analisar o comportamento dos agentes econômicos, bem como os efeitos das decisões judiciais, com vistas não à maximização dos lucros, mas a garantia da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o direito ao desenvolvimento, o que contribuiria, sobremaneira, para a existência de uma verdadeira Análise Jurídica da Economia.

Assim, a jurisdição, mediante a prolação de suas decisões jurígenas, pode colaborar para o desenvolvimento da sociedade, a qual possui, então, significativo papel no Estado contemporâneo, pois os julgadores, diante de demandas que envolvam os direitos essenciais à manutenção da dignidade das pessoas, não se manteriam à margem ou à mercê de equivocadas ideologias formais e distantes da realidade, claro que no sentido de ignorar os fatos oferecidos pela vida social atual. Neste contexto, o propósito que, preliminarmente, se almeja é conhecer as dimensões (gerações) dos direitos fundamentais para, com isto, relacioná-las claramente ao direito ao desenvolvimento. Logo, continuar-se-á por esta trilha.

4.1 Dos direitos fundamentais: da concepção as suas dimensões

Sem dúvidas, a locução direitos humanos reveste-se de extrema atualidade, visto que alcançou a contemporaneidade com imenso vigor e entusiasmo, de forma a manifestar-se, amplamente, em reivindicações que envolvem a sociedade civil,

questões políticas, bem como, pleitos dos mais distintos direitos dos indivíduos.¹⁰⁵³ Para Villey,¹⁰⁵⁴ “[...] jamais o conceito de direitos humanos foi tão bem cotado; a não ser no final do século XVIII, talvez também depois do caso Dreyfus¹⁰⁵⁵ [...] e por ocasião da queda de Hitler. Mas hoje estão instalados; impensável desalojá-los”. No mesmo sentido, complementa Torres,¹⁰⁵⁶ ao dizer que:

[...] o tema dos direitos humanos vem passando por extraordinário enriquecimento nos últimos anos, tanto do ponto de vista da extensão quanto sob o aspecto da validade. Há hoje maior preocupação com a sua justificativa e legitimação do que com o fundamento e a legitimidade. Os direitos humanos transcendem a perspectiva meramente nacional para ganhar a dimensão internacional.

Numa abordagem histórica, o marco fundamental, na esfera do direito positivo, de acolhimento e efetivação dos direitos humanos – ressalvada a influência da filosofia e da religião¹⁰⁵⁷ – foi uma Declaração de Direitos, do ano de 1215, pactuada entre o Rei inglês João Sem-Terra, os nobres e o clero da época, de nome ‘Magna Carta das Liberdades’. Este documento, inobstante represente um avanço na conquista de direitos e liberdades civis clássicas, apenas garantiu privilégios às classes feudais abastadas, não sendo as mesmas prerrogativas acessíveis à população geral.¹⁰⁵⁸ Porém, este não foi o único documento, ainda que mais importante, o qual se destacou durante alargado período histórico, a exemplo da Bula de Ouro da Hungria (1222), o

¹⁰⁵³ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁰⁵⁴ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019. Tradução de: *Le droit et les droits de l’homme*. p. 02.

¹⁰⁵⁵ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Tradução de: *The origins of totalitarianism*. p. 139-146. O Caso Dreyfus foi um escândalo político ocorrido entre os anos de 1894 e 1914, na França. Na ocasião, Alfred Dreyfus, judeu e oficial do Estado-Maior francês foi, sem provas suficientes, acusado e condenado de transmitir informações em favor da Alemanha. Após veredito unânime, Dreyfus foi deportado para cumprir sua prisão perpétua na Ilha do Diabo (Guiana Francesa). A acusação de espionagem, em desfavor de Dreyfus, aconteceu num contexto de crescente antissemitismo na França e Alemanha. Em 1906 Dreyfus foi absolvido de todas as acusações, porém, o caso nunca foi, realmente, esquecido.

¹⁰⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

¹⁰⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. O autor constatata que algumas ideias fundamentais – como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade – deitam raízes em âmbito religioso e filosófico, posteriormente, essas concepções vieram a influenciar o pensamento jusnaturalista e o seu entendimento de que o ser humano, somente pelo fato de existir, é titular direitos considerados naturais e inalienáveis. Essa fase costuma ser chamada de pré-história dos direitos fundamentais.

¹⁰⁵⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

Privilegio General, conferido por Pedro III em 1283, os Privilégios da União Aragonesa (1286), os documentos firmados em virtude da Paz de Augsburg (1555) e o Édito de Nantes, promulgado por Henrique IV da França (1598), entre outros.¹⁰⁵⁹

Mais tarde outros escritos, do mesmo modo, sobressaíram-se ao apresentarem valiosos institutos de proteção de direitos, muitos utilizados até os dias atuais, como foi o ‘Petition of Rights, criado em 1628 e o ‘Habeas Corpus Act’, instituído no ano de 1679, o que consagrou, sequencialmente, o julgamento pelos pares, para a privação da liberdade, a propriedade, a concessão de ordem de habeas corpus, e etc. O ‘Bill of Rights’, publicado em 1689, por vez, avançou em termos nas garantias e direitos do homem, porém negou categoricamente direitos básicos, como a liberdade e a igualdade religiosa. E, ainda, ‘Act of Settlemente’, datado de 1701, reafirmou o princípio da legalidade, mesmo que não tenha sido exatamente uma declaração garantidora de direitos humanos.¹⁰⁶⁰

Todavia, foi a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, que constitui, historicamente, o registro de nascimento – mesmo que exista certo dissídio doutrinário sobre esta paternidade¹⁰⁶¹ – dos direitos, garantias e liberdades humanas, sendo o formal reconhecimento de que todas as pessoas são, igualmente, vocacionadas, por sua própria natureza, ao aprimoramento ininterrupto de si mesmos. Ou seja, a busca pela felicidade é “[...] a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal”, como a inerente concepção ontológica da pessoa humana.¹⁰⁶²

De transcendental importância foi, igualmente, a positivação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, que inaugurou um ciclo revolucionário, que acabou com muitos privilégios da aristocracia e do regime absolutista, que prevalecia naquela época. Isto porque, sinteticamente,

¹⁰⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁰⁶⁰ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos**: liberdades públicas e cidadania. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁰⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁰⁶² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 62.

proclamou que todos os cidadãos seriam tratados com igualdade, bem como, teriam direitos à liberdade, propriedade e segurança etc. Assim, tornou-se inspiração – em especial no século XIX – para outros países, que se dedicaram a realizar, preliminarmente, os direitos humanos em textos escritos.¹⁰⁶³

Assim, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), documento que, ao retomar os ideais da Revolução Francesa, noticiou a histórica manifestação de que, enfim, se organizara em um contexto geral, o supremo reconhecimento dos valores fundamentais da igualdade, liberdade e fraternidade, ou seja, universalizou entre as pessoas os direitos humanos.¹⁰⁶⁴ Todavia, a admissibilidade universal de que todos são, essencialmente, iguais em sua dignidade humana, só foi possível quando, no final da mais “[...] desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade”.¹⁰⁶⁵

A título de esclarecimento, ressalta-se que as normas de proteção à pessoa humana atualmente existentes representam uma construção que demandou tempo histórico, esforços conjuntos, tomada de consciência e muitos outros documentos, que foram tão importantes quanto os mencionados acima, como a Constituição francesa (1848), a Convenção de Genebra sobre a Escravatura (1926), a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950), os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966) e a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (em 1986), mas que, por questão de conteúdo e método, não serão aqui, ainda que sucintamente, pesquisados.¹⁰⁶⁶

Sendo assim, para fins de conceituação, entende-se por direitos humanos o “[...] conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada

¹⁰⁶³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SPALLER, Amanda Viega. O evoluir histórico dos direitos humanos nacionais e internacionais no direito constitucional francês. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p.19-43, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/issue/view/41/showToc>. Acesso em: 14 maio 2021.

¹⁰⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 233.

¹⁰⁶⁶ Para melhor conhecimento sobre esses documentos protetivos da humanidade recomenda-se a leitura de: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 181-530.

na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”.¹⁰⁶⁷ Em Bobbio, os direitos humanos são muito importantes, ou seja, são propósitos que merecem buscá-los, mas que, mesmo sendo imensamente desejados, não foram ainda reconhecidos a todos os indivíduos, em toda a parte e na mesma medida.¹⁰⁶⁸

Para Bragato,¹⁰⁶⁹ pode-se considerar os direitos humanos como a expressão contemporânea dos direitos morais – especialmente após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 – posto que, possuem a sublime particularidade de pertencerem a todos os seres humanos, em todos os tempos. Neste sentido, os direitos do homem, nas reflexões de Alexy,¹⁰⁷⁰ são a combinação de cinco valores essenciais, ou seja, são direitos que se distinguem dos demais, por serem universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos.

Em Flores,¹⁰⁷¹ “os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-lhes abrir espaços de luta e de reivindicação”. Conforme expõe Lafer,¹⁰⁷² os direitos humanos foram desenvolvidos segundo uma plataforma emancipatória, que traduz o direito – todos os direitos – não como uma força inerte, mas, como o limite a um recurso para todos, ainda que em graus diversificados, sendo assim, não são a expressão do monopólio dos poderosos, nem em seus usos ou em seu conteúdo.

Neste contexto, Habermas¹⁰⁷³ esclarece que, desde de a Revolução Francesa, evidenciou-se, ainda que implicitamente, a necessidade de aplicação global de

¹⁰⁶⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 30.

¹⁰⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

¹⁰⁶⁹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2494>. Acesso em: 21 abr. 2021.

¹⁰⁷⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁰⁷¹ FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Tradução Carol Proner. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 26-27, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁰⁷² LAFER, Celso. Prefácio. In: Piovesan, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Zur Verfassung Europas Ein Essay**. Berlin: Suhrkamp, 2011.

direitos iguais para todos. Entretanto, a reivindicação de direitos humanos não significa, simplesmente, que estes devam se esgotar em uma mera crítica moral às condições injustas de uma comunidade altamente estratificada, mas sim, estabelecer uma verdadeira concretização institucional de políticas para a sociedade mundial, pois, são os direitos humanos à resistência, à arbitrariedade, à opressão e à humilhação. Deste modo, “a perspectiva de uma sociedade mundial politicamente constituída perde algo de sua aparência utópica quando nos lembramos de que a retórica e a política dos direitos humanos já estão em vigor a algumas décadas e tiveram” um ímpeto global¹⁰⁷⁴ (tradução nossa).

Seguindo, na visão de Herkenhoff,¹⁰⁷⁵ entende-se por direitos humanos, contemporaneamente, aqueles direitos fundamentais que possuem os indivíduos, pelo simples fato de ser pessoa, por sua natureza humana e pela sua dignidade inerente. Ou seja, são direitos que, em tese, não dependem da concessão da sociedade política, mas que esta deve afirmar e consagrar. Com efeito, para Comparato,¹⁰⁷⁶ os direitos humanos resultam da convicção de que, igualmente, todos os seres humanos possuem direitos a serem respeitados, simplesmente por sua relativa humanidade, os quais nasceram vinculados à instituição social denominada lei escrita, regra geral, uniforme, e aplicável a todos os sujeitos que vivem numa comunidade organizada. Em suas próprias palavras, configura:

[...] a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁴ “Der Ausblick auf eine politisch verfasste Weltgesellschaft verliert etwas vom Anschein des Utopischen, wenn wir uns daran erinnern, dass die Rhetorik und die Politik der Menschenrechte seit wenigen Jahrzehnten tatsächlich eine globale Wirksamkeit entfaltet haben”. HABERMAS, Jürgen. **Zur Verfassung Europas Ein Essay**. Berlin: Suhrkamp, 2011. p. 11.

¹⁰⁷⁵ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

¹⁰⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 15.

Em Hunt,¹⁰⁷⁸ a concepção de direitos humanos requer três características essenciais, já que, devem ser naturais aos indivíduos, iguais para todos e universais, ou seja, “para que os direitos sejam direitos humanos, todos os humanos em todas as regiões do mundo devem possuí-los igualmente e apenas por causa de seu status como seres humanos”. Porém, em seu ponto de vista, nem a naturalidade, nem a igualdade ou mesmo a universalidade são suficientes para garanti-los, visto que, estes direitos só adquirem significado quando conquistam conteúdo político, pois são direitos de pessoas em sociedade e diante de outros sujeitos. “São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular [...], e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm”.¹⁰⁷⁹

A definição de direitos humanos, em Pérez Luño,¹⁰⁸⁰ por seu turno, apóia-se em três pilares norteadores, sendo eles: o jusnaturalismo, o historicismo e o axiologismo. Assim, os direitos em tela seriam, sinteticamente, uma combinação de suas próprias raízes éticas com sua vocação jurídica; do exame da realidade histórica-social e, por fim, do entendimento sobre a concepção e especificação dos valores relacionados a estes direitos, unidos à experiência prática jurídica. Ou seja, os direitos humanos não são apenas “[...] a expressão, nem o resultado de uma elaboração de caráter sistemático, racional e abstrato, mas sim respostas normativas histórico-concretas às experiências mais insuportáveis de limitação” e perigo à liberdade¹⁰⁸¹ (tradução nossa).

Nas reflexões de Arendt,¹⁰⁸² os direitos humanos não constituem uma naturalidade, um dado ou uma verdade manifesta por si mesma, mas sim uma edificação, uma invenção do indivíduo, um processo contínuo de construção e

¹⁰⁷⁸ Hunt, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: *Inventing human rights: a history*. p. 19.

¹⁰⁷⁹ Hunt, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: *Inventing human rights: a history*. p. 19.

¹⁰⁸⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El concepto de los derechos humanos y su problemática actual. **Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos**, Madrid, ano 01, n. 01, p. 179-196, 1993. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/revista/411/A/1993>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁰⁸¹ “[...] expresión, ni el resultado de una elaboración sistemática, de carácter racional y abstracto, sino respuestas normativas histórico-concretas a aquellas experiencias más insuportables de limitación y riesgo para la libertad”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos: (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta). **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Valência, n. 04. p. 62, 1987. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-concepto-y-concepcion-de-los-derechos-humanos-acotaciones-a-la-ponencia-de-francisco-laporta>. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹⁰⁸² ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Tradução de: *The origins of totalitarianism*.

reconstrução que, decisivamente, outorgam dignidade às pessoas, pois, ainda que exista um único ser humano na terra, seriam estes direitos válidos e reais, visto que, independe da pluralidade de indivíduos, mas requer somente sua qualidade essencial de sujeito de direito. Na mesma linha, para Ramos,¹⁰⁸³ no passado a expressão direitos humano reconhecia que estes eram, por si só, inerentes à natureza do homem. Hodienamente, “esse conceito e terminologia foram ultrapassados ao se constatar a historicidade de cada um destes direitos, sendo os direitos humanos verdadeiros direitos conquistados”.

De acordo com Ferrajoli,¹⁰⁸⁴ os direitos humanos são uma das maiores conquistas do século XX, estabelecidos e ensinados pelas tragédias do totalitarismo e das grandes guerras mundiais. Ou melhor, as dificuldades do passado promoveram uma constitucionalização de princípios restituidores da paz, humanização e sobrevivência social, “[...] como limites e restrições regulatórias – uma espécie de solene ‘nunca mais’ aos horrores da guerra e fascismo – imposto sobre política, isto é, aos poderes supremos, tanto internos como internacionais” (tradução nossa). Como se percebe, a estipulação de tais direitos – aclamados como indispensável à sobrevivência das pessoas – é um acontecimento um pouco recente, pois afirmaramos nas constituições do século passado, com o intuito de modificar e garantir o sentido mais importante dos direitos humanos, ou seja, o direito à vida.¹⁰⁸⁵

Então, conforme os conceitos traçados alhures, e como a própria concepção indica, consiste os direitos humanos numa criação humana e o seu fundamento deriva, exatamente, do próprio homem, tendo em conta a sua dignidade, enquanto pessoa, sendo que, diante desta justificativa, as características individuais e coletivas são sempre colocadas em um plano secundário.¹⁰⁸⁶ Logo, “o valor da pessoa humana como valor-fonte da ordem da vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica

¹⁰⁸³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 54.

¹⁰⁸⁴ “[...] tales como limites y restricciones reglamentarias –una especie de solemne ‘nunca más’ a los horrores de la guerra y de los fascismos– impuestas a la política, es decir, a los supremos poderes, tanto internos como internacionales. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo**. Bogotá: Universidad Libre, 2016. p. 21.

¹⁰⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução Daniela Cademartori. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 29-73, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁰⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, São Paulo, p. 01-21, 1997. Disponível em: www.iea.usp.br/artigos. Acesso em: 06 abr. 2021.

nos direitos humanos”.¹⁰⁸⁷ Estes, agora constitucionalmente positivados, objetivam tornar-se aceitável, pois as pessoas reivindicam uma novel gestão do mundo, especialmente pelos governantes.¹⁰⁸⁸

Como se vê, a dignidade humana desempenha um papel proeminente nos discursos, em nível nacional ou internacional, sobre os direitos humanos. Isto é, compõem o fundamento para a construção de todos os direitos básicos dos indivíduos. Neste sentido, conseqüentemente, o conceito de dignidade desempenha uma função estimulante, histórica, sistemática ou conceitualmente, na composição dos direitos humanos. Ou seja, a dignidade humana representa a origem moral na qual se sustentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais. Diante disto, Habermas defende que a dignidade humana justifica a indivisibilidade dos direitos fundamentais, bem como, opõe-se à rejeição generalizada dos direitos humanos e às tentativas de reduzir seu conteúdo, como se observa nos dias atuais.¹⁰⁸⁹

Portanto, trata-se os direitos humanos de um conjunto de garantias afetas à pessoa humana e à dignidade humana, que, por sua vez, é o seu substrato inerente. Assim, o princípio da dignidade, no que lhe concerne, é uma construção histórica, que se transformou no fundamento do pensamento ético-jurídico universal, especialmente na atualidade, o que norteia, assim, o Estado e sociedade.¹⁰⁹⁰ Mais que isto, ainda que a expressão dignidade da pessoa humana não seja autoexplicativa, ela representa, em princípio, o reconhecimento de um valor intrínseco, irrenunciável e irrevogável, que apenas os seres humanos possuem, em virtude de sua condição humana.¹⁰⁹¹

Neste cenário, Piovesan¹⁰⁹² vislumbra os direitos humanos – ou sua reconstrução – como paradigma ético capaz de orientar toda ordem internacional

¹⁰⁸⁷ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 57, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/692>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁰⁸⁸ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/692>. Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁰⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Zur Verfassung Europas Ein Essay**. Berlin: Suhrkamp, 2011.

¹⁰⁹⁰ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

¹⁰⁹¹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2494>. Acesso em: 21 abr. 2021.

¹⁰⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

contemporânea, pois, no momento em que são abolidos os valores da pessoa humana, os seres humanos se tornam supérfluos, sendo válida a lógica da destruição – como as barbáris praticadas pelos Estados totalitários. Assim, tem-se que reconstruir tais direitos acaba por ser, extremamente, necessário para restaurar e proteger uma lógica, razoavelmente, humana. Com efeito, “daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”.¹⁰⁹³ Neste sentido:

A emergência da dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos é fruto das atrocidades da Segunda Guerra, em que a descartabilidade da pessoa humana surpreendeu e assombrou o mundo. É mencionada na Carta das Nações Unidas (1945) e em cinco passagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), notadamente ‘o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo’ e ‘que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla’; e decisivamente no art. 1º da Declaração Universal: ‘Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade’.¹⁰⁹⁴

Bobbio,¹⁰⁹⁵ por sua vez, sustenta que não há singularidade no fundamento dos direitos humanos, primeiro devido à vagueza e indefinição da expressão em comento, segundo por se tratar de uma categoria versátil e que se diversifica de acordo com a época histórica, e, por fim, por sua heterogeneidade e ideologia assumida por aquele que interpreta esses direitos. Para o autor, na contemporaneidade não são mais plausíveis discussões que versem sobre a busca por um fundamento absoluto de um empreendimento sublime, denominado direitos humanos, nem saber os números

¹⁰⁹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 60.

¹⁰⁹⁴ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016. p. 06.

¹⁰⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

desses direitos, mas sim como efetivá-los, para impedir que eles sejam constantemente violados.¹⁰⁹⁶

No que concerne à terminologia, assim como o conceito, percebe-se que existe uma multiplicidade de expressões que albergam os direitos humanos, muito em razão do uso excessivo ou indiscriminado, que acaba por designar com certa vagueza e imprecisão o termo. Neste sentido, destaca Pérez Luño¹⁰⁹⁷ que, são cada vez mais crescentes as inconsistências linguísticas, doutrinárias ou, mesmo, jurídicas, no uso da locução, o qual alerta que existem diferenças significativas entre a concepção e sentido dos termos utilizados.

Neste ponto, observa Ramos¹⁰⁹⁸ que “essa imprecisão terminológica é resultado da evolução da proteção de certos direitos essenciais do indivíduo, pela qual a denominação de tais direitos foi sendo alterada, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamento”. Conforme se nota, a discussão em torno da definição, terminologia e, porque não, da consagração dos direitos humanos, está sempre em andamento, afinal, como salienta Pérez Luño, realmente:

Há uma enorme ambiguidade conceitual sobre Direitos Humanos, que se traduz, ao mesmo tempo como consequência de sua ambuidade terminológica. Embora o uso da expressão Direitos Humanos tenha seus inconvenientes, é em si uma expressão tautológica e que mesmo do ponto de vista técnico-jurídico não é a mais adequada, é a expressão preferível entre todas as existentes¹⁰⁹⁹ (tradução nossa).

Dentro desta lógica, contempla Tavares¹¹⁰⁰ que, muitas são as expressões empregues para alcunhar uma mesma existência, neste caso, os direitos humanos, visto que, sem dúvidas, essa realidade jurídica possui uma intensa carga emotiva, o que, provavelmente, beneficia a incerteza e as contradições na determinação e no conteúdo que se estabelece em cada uma dessas designações. No olhar de Dimoulis

¹⁰⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

¹⁰⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

¹⁰⁹⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 53.

¹⁰⁹⁹ SANTAGATI, Claudio Jesús. **Manual de derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2009, p. 50.

¹¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

e Martins,¹¹⁰¹ “excetuando-se as expressões direitos naturais e direitos humanos, [...], já que não indicam os direitos positivados na Constituição, mas sim direitos pré-positivos [...] ou supra-positivos [...], não há uma única terminologia correta”.

Deste modo, os direitos essenciais dos sujeitos contam com uma diversidade de designações, sendo que, além de direitos humanos, outras expressões empregadas são, também, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, direitos dos cidadão, direitos históricos, direitos cíveis e políticos ou direitos humanos fundamentais, para mencionar, somente, os termos mais importantes utilizados por diplomas nacionais e internacionais.¹¹⁰² Nesta ordem, não é por outro modo, segundo Sarlet,¹¹⁰³ que, nos últimos anos surgiram alertas sobre a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de concordância conceitual e terminológica, inclusive sobre o significado de cada expressão utilizada. Para Ferrajoli:¹¹⁰⁴

Daí a variedade de significados asociados à expressão direitos fundamentais (ou humanos, públicos, constitucionais, pessoais-legítimos, morais ou de cidadania, segundo os léxicos das diferentes disciplinas) que, muitas vezes, remetem a elementos distintos e heterogêneos entre si, tais como os valores ou fins ético-políticos que com eles se perseguem, os interesses ou necessidades específicas tuteladas, de fato ou de direito, por meio delas, o estatuto constitucional ou em qualquer caso privilegiado de suas fontes ou o caráter universal, [...] (tradução nossa).

¹¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 53.

¹¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. PÉREZ, José Luiz Rey. **El discurso de los derechos**: una introducción a los derechos humanos. Madrid: Universidad Comillas, 2011. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹¹⁰⁴ “De ahí la variedad de significados asociados a la expresión derechos fundamentales (o humanos, públicos, constitucionales, persona-lísimos, morales o de ciudadanía, según los léxicos de las distintas disciplinas) los cuales, muchas veces, se refieren a elementos distintos y heterogêneos entre si, como los valores o fines ético-políticos que se persiguen con ellos, los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho o de derecho, a través de ellos, el rango constitucional o en todo caso privilegiado de sus fuentes o el carácter universal, [...]”. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 287.

Nesta linha de pensamento, convém, ainda que seja relevante admitir e revelar a existência de uma diversidade de denominações utilizadas para designar os direitos humanos, ressaltar que a doutrina atual – especificamente a constitucional –¹¹⁰⁵ afasta, paulatinamente, o emprego de muitas das expressões citadas, bem como suas variações, isto porque a maioria se encontra desassociada do vigente estágio de evolução dos direitos essenciais das pessoas, especialmente no âmbito do Estado Democrático e Social de Direito, ou mesmo na esfera do direito internacional. Com efeito, indicam estas expressões, muitas vezes, que existe uma clara insuficiência no que se refere a sua abrangência, visto que, normalmente, estão vinculadas à categorias específicas de direitos.¹¹⁰⁶

Então, diante da vultuosa quantidade de expressões existentes para designar os direitos humanos, não é incomum no mundo jurídico – como em outros setores da sociedade – que os termos já referidos sejam tomados como sinônimos. Assim, estes são vistos como análogos, suscetíveis de inúmeros sentidos, com apenas algumas semelhança entre si. Porém, cada uma das locuções possui seu respectivo significado e, por isto, é necessário distinguir, claramente, as diferenças entre estas principais terminologias, ainda que de maneira sucinta e sem a ambição de esgotar as temáticas. Logo, as duas locuções, ora mencionadas, tidas como as diferenciações mais relevantes são os direitos humanos e os direitos fundamentais.¹¹⁰⁷ No mesmo sentido, assume Sarlet¹¹⁰⁸ que:

[...] atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos, confusão esta (caso compreendida como um uso indistinto dos termos, ambos designando o mesmo conceito e conteúdo) que não se revela como inaceitável em se considerando o critério adotado.

¹¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Segundo o autor, salvo algumas exceções, são exemplos dessas Constituições a Lei Fundamental da Alemanha (1949) e a Constituição portuguesa (1976), as Constituições espanholas (1978), turca (1982) e a holandesa (1983).

¹¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹¹⁰⁷ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos**: liberdades públicas e cidadania. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18.

Neste enleio, direitos humanos, simplificada, são aqueles mencionados em tratados internacionais e apontados como “[...] indispensáveis para uma existência humana digna, como, por exemplo, a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade”.¹¹⁰⁹ Os direitos fundamentais, por sua vez, são reputados como aqueles “[...] relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado (e, às vezes, aos próprios particulares), salvaguardando o indivíduo, a coletividade ou a humanidade”.¹¹¹⁰

Conforme expõe Comparato,¹¹¹¹ a distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos assegura-se, necessariamente, no fato de os primeiros serem os direitos humanos admitidos – nos planos nacional e internacional – pelos encarregados políticos da edição das normas, ou seja, são os direitos reconhecidos pelas Constituições, leis, tratados internacionais. Pois, o reconhecimento formal dos direitos humanos pelas autoridades competentes, certamente, consagra maior segurança às relações sociais, visto que sem esta certificação oficial, possivelmente, tardariam a se impor na vida em sociedade.

Neste cenário, ainda que existam semelhanças quanto ao conteúdo dos direitos humanos e os fundamentais, as diferenças, entretanto, são formais, já que os primeiros são institutos jurídicos que integram o direito internacional e os segundos, por outro lado, constituem o direito interno, ao compor, principalmente, a norma fundante do ordenamento jurídico, ou seja, o sistema constitucional interno.¹¹¹² No mesmo sentido, Alexy¹¹¹³ acrescenta que “no âmbito intra-estatal existe o passo decisivo para a imposição dos direitos do homem em sua positivação como direitos fundamentais, o que, em regra, ocorre com a sua admissão no catálogo de direitos” fundamentais expressos na Constituição.

¹¹⁰⁹ FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 17.

¹¹¹⁰ FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 18

¹¹¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹¹¹² BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 110, p. 123-147, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2015v110p123>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹¹¹³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Somado a isto, para Pérez Luno,¹¹¹⁴ os direitos humanos tiveram seu apogeu – ao considerar o processo evolutivo – quando de sua internacionalização, ou melhor, por meio do reconhecimento da subjetividade jurídica dos sujeitos, por intermédio da lei internacional. Já os direitos fundamentais, representam a união entre filosofia humanística e as técnicas de positivação e proteção das liberdades, agora fortalecidas pelo movimento constitucional incorporado ao Estado de Direito, bem como, a mediação entre as liberdades individuais e sociais.

Para além, os direitos do homem, expressão usada por Alexy, adquirem um novo aspecto quando de sua positivação, ou seja, tornam-se direitos diretamente vinculantes, ou um “[...] catálogo de direitos fundamentais que regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.¹¹¹⁵ Para tanto, define-se a relação interna destes direitos de acordo com as prioridades necessárias de positivação dos direitos humanos em questão, pois, deste modo, se a necessidade for tão fundamental, sua proteção, ou seu fomento, fundamentar-se-á pelo direito.¹¹¹⁶ Assim, “um interesse ou uma carencia, nesse sentido, fundamental quando sua violação ou não satisfação ou significa a morte ou padecimento grave ou acerta o âmbito nuclear da autonomia”.¹¹¹⁷

Portanto, na teoria de Alexy,¹¹¹⁸ os direitos do homem são morais, com caráter suprapositivo, que, precisamente, os distingue dos direitos fundamentais, ou seja, aqueles estão institucionalizados (ou positivados) em uma constituição, o que lhes confere legitimidade jurídica. Segundo o autor, estes últimos são um passo definitivo “[...] para a imposição dos direitos do homem em sua positivação [...], o que, em regra, ocorre com a sua admissão no catálogo de direitos fundamentais da constituição. Com isso, eles ganham, ao lado de sua validade moral, uma positiva jurídica”.¹¹¹⁹

¹¹¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

¹¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de: Theorie der Grundrechte. p. 27.

¹¹¹⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹¹¹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 48.

¹¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 96.

Em face destas constatações, Ferrajoli¹¹²⁰ entende por direitos fundamentais todos os direitos universalmente indisponíveis e inalienáveis, concedidos a todos, como pessoas, como cidadãos ou, mesmo, o quanto são capazes de agir, os quais, por conseguinte, estão designados no âmbito da competência da dogmática constitucional ou internacional. Ou seja, são valores, ou princípios, que, atualmente, estão disponíveis na esfera da legalidade, pois representam conquistas históricas e sociológicas da civilização jurídica, que se consagraram, precisamente, como direitos fundamentais.

Dentro desta lógica, para Dimoulis e Martins,¹¹²¹ fundamentais são os direitos públicos e subjetivos postos nos dispositivos constitucionais de pessoas físicas e jurídicas que, por conseguinte, circunscrevem o caráter absoluto dentro do Estado, haja vista terem por finalidade controlar o exercício do poder frente à liberdade individual. Ou seja, são direitos – bastante genéricos – garantidos pela Magna lei que gere uma democracia, e que, por tal motivo, constituem um mínimo de direitos assegurados, ante a impossibilidade de serem abolidos pelo legislador ordinário.

Nada obstante, em Guerra Filho,¹¹²² os direitos fundamentais, na prática, são, originalmente, direitos humanos. Porém, ao realizar um recorte epistemológico, pode-se entendê-los como aquelas manifestações positivas do direito, mas com capacidade para produzir, concretamente, efeitos no plano jurídico dos chamados direitos humanos, “[...] enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno”.¹¹²³

Então, os direitos fundamentais, acrescenta Alexy, são direitos humanos transmutados para o âmbito constitucional. Por tal motivo, “o conceito do direito fundamental é, sem dúvida, ainda não determinado em todos os sentidos”.¹¹²⁴ O autor traz esclarecimentos, ao enunciar que “o que direitos fundamentais realmente são, de

¹¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo**. Bogotá: Universidad Libre, 2016.

¹¹²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹¹²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 137, p. 13-21, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/327>. Acesso em: 28 abr. 2021.

¹¹²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 137, p. 14, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/327>. Acesso em: 28 abr. 2021.

¹¹²⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 96.

nenhum modo decide somente o texto constitucional”,¹¹²⁵ pois, “decisivo são a vontade política do povo, a situação econômica, a prática jurídica e a ciência do direito”.¹¹²⁶

No entanto, para Buffon,¹¹²⁷ é preciso o uso conciente da expressão ‘direitos fundamentais’, visto que ela não quer dizer que os direitos humanos estejam em um estágio hierarquicamente inferior, ao considerar que são esses que legitimam a existência daqueles. Somado a isto, são os direitos humanos inerentes à própria condição humana, haja vista que eles são tão importantes, ou mais, que os próprios direitos fundamentais. Ou seja, não se pode declarar que os direitos humanos se transformam em fundamentais simplesmente por estarem consagrados numa constituição, mas sim, devido à importância e significado histórico destes direitos, agora, subjetivados.

Por tudo o que se apresentou, observa-se que os direitos fundamentais estão, definitivamente, incorporados ao patrimônio comum da humanidade, bem como se encontram consagrados, ainda que essa trajetória tenha sido gradativa, nos direitos internacional e constitucional. Assim, muitos Estados, hodiernamente, afiliaram-se a algum dos principais pactos (internacionais ou regionais) sobre direitos humanos, como também reconheceram, ao menos, alguns direitos fundamentais em contexto constitucional. Nesta sequência, os direitos humanos – a partir deste ponto tratados como direitos fundamentais – são, por sua vez, representados também por um esquema de diversas dimensões, a depender dos autores, gerações, categorias ou espécies de garantias que protegem a humanidade.¹¹²⁸

À vista disto, Bonavides¹¹²⁹ utiliza a expressão gerações dos direitos fundamentais, para expor como, historicamente, inseriram estes direitos nas constituições dos países, ao explicar que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”. Ressalte-se que, parte da doutrina

¹¹²⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 100.

¹¹²⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 100.

¹¹²⁷ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹¹²⁸ BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. **Revista Argumentum**, Marília, v. 17, p. 157, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/149>. Acesso em: 14 jun. 2019.

¹¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563.

questiona o termo 'gerações', visto que seria impróprio, uma vez que, "[...] conforme fossem evoluindo ocorreria uma substituição de uma geração por outra, o que como sabemos, jamais poderá acontecer. Tal posicionamento doutrinário defende que o mais correto seria a expressão 'dimensão' [...]".¹¹³⁰ Sarlet,¹¹³¹ por seu turno, posiciona-se pela defesa da locução dimensões, ao explicar que:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberalburguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.

Na mesma linha de pensamento, Dimoulis e Martins¹¹³² fazem referência à questão terminológica acima como, demasiadamente, problemática, haja vista que a ideia de geração provoca inexactidão, porque, historicamente "[...] já havia direitos sociais (prestação do Estado) nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de início do XIX". Se assim o fosse, haveria de se considerar que são os direitos sociais posteriores aos direitos liberais-individualistas, ou que estes, por sua vez, teriam substituído ou ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da chamada primeira geração, fato que não é, exatamente, verídico, razão pela qual, "[...] uma parte crescente da doutrina refere-se às categorias dos direitos fundamentais como o termo dimensão".

¹¹³⁰ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, jun. 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29835/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 32-33.

¹¹³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 35.

Assim, em prol da clareza sobre a temática, impõe-se, ainda que brevemente, uma análise das dimensões¹¹³³ (gerações) dos direitos fundamentais, ou seja uma visão panorâmica sobre as características essenciais de cada uma delas, visto que, são várias as perspectivas que decorrem da própria natureza humana, pois “[...] as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano”.¹¹³⁴

Nesta mesma perspectiva, importante evidenciar que – desde as declarações de direitos mais antigas – os direitos fundamentais prosperam de maneira formidável e, constantemente, sofrem melhorias, em razão do acréscimo de várias dimensões, sempre e cada vez mais expansivas – ainda que as dificuldades e lutas também estejam presentes. Deste modo, pode-se falar em uma evolução amplificada dos direitos fundamentais, “[...] como se fosse uma história sem fim, em que sempre é possível, de tempo em tempo, acrescentar-se um conjunto novo de direitos”.¹¹³⁵ Dito isto, cabe tecer algumas considerações sobre as dimensões modernas de direitos.¹¹³⁶

Nesta sequência, a primeira dimensão refere-se aos direitos que conferem segurança e autonomia ao indivíduo perante o poder estatal, ou seja, são as liberdades negativas clássicas ou os direitos civis e políticos, que abrangem os direitos individuais, e que, por sua vez, demarcam, visivelmente, os limites entre governantes

¹¹³³ Ainda que essa questão terminologia seja controvertida serão utilizadas as expressões mais, comumente, empregas pela doutrina, haja vista, esse não ser um assunto principal dessa Tese de doutoramento.

¹¹³⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 500.

¹¹³⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. Direitos Humanos e Desenvolvimento algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. **Desenvolvimento em Questão**, Ijuí, v. 1, n. 1, p. 125, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/issue/view/>. Acesso em: 11 maio 2020.

¹¹³⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 39. Nas palavras do autor: “Para ilustrar essa evolução, um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado Karel Vasak, desenvolveu uma ideia bastante interessante que ficou conhecida como ‘teoria das gerações dos direitos’. Ao formular a sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim: a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Essa teoria obteve fama internacional e tem sido repetida (ainda que acriticamente) por juristas no mundo todo”.

e governados. Logo, são tidos como inerentes ao indivíduo e vistos como naturais, porquanto antecedem o contrato social.¹¹³⁷

Por fim, em Siqueira Junior,¹¹³⁸ a própria natureza destes direitos de primeira dimensão está associada, de modo direto, aos direitos subjetivos garantidos a todos os indivíduos. Por este motivo, não é incomum vincular a sua origem ao jusnaturalismo, de forma que seria, para esta óptica, desnecessária a sua previsão por uma ordem jurídica. No entanto, foi por meio destes direitos de liberdade – como efeitos principalmente da Independência Norte-Americana e da Revolução Francesa – que se consolidaram, mais do que nunca, as principais formas de limitar a atuação estatal perante aos indivíduos.

Preciosas, também, são as reflexões de Bonavides¹¹³⁹ sobre os direitos de primeira dimensão, ao proclamar que são eles direitos de liberdade, mencionados em uma carta normativa constitucional e conhecidos como direitos civis e políticos, os quais, historicamente, coincidem com o início do constitucionalismo no mundo ocidental. Por serem direitos de liberdades, possuem como titular o indivíduo, em oposição ao Estado, ou seja, são direitos subjetivamente ligados à luta e à objeção quanto aos desmandos dos governantes.

Por tal motivo, identificam-nos como direitos de *status* negativo, posto direcionarem a um deixar de fazer por parte do poder públicos, e não a um comportamento positivo, os quais se referem, assim, aos “[...] direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.¹¹⁴⁰ Entretanto, nesta linha ascensional, há “[...] um espaço sempre aberto a novos avanços. [...] os direitos de primeira geração [...] já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”.¹¹⁴¹ Lafer,¹¹⁴² por conseguinte, acrescenta que os direitos fundamentais de primeira geração:

¹¹³⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

¹¹³⁸ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos**: liberdades públicas e cidadania. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 564.

¹¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563.

¹¹⁴² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 126-127.

São direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro, [...] e, (III) quanto ao titular do direito, que é o homem individual na sua individualidade.

Dentro deste paradigma, como assevera Sarmento,¹¹⁴³ conceberam os direitos fundamentais – especialmente os da primeira geração – alhures para balizar a atuação do governo estatal, em benefício da liberdade dos indivíduos. Daí, também, a afirmação de Bobbio, ao descrever que, num primeiro momento, “[...] afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado”.¹¹⁴⁴

Em verdade, os direitos descritos como de primeira dimensão ressaltam uma nítida ordem de valores políticos, assim como uma separação entre a esfera pública e a privada.¹¹⁴⁵ E, dentro desta lógica, esta diferenciação representa os traços principais da sociedade moderna e, desta mesma maneira, se baseou o pensamento liberal e o democrático. Para Lefort,¹¹⁴⁶ estes direitos são significativos, pois estabeleceram o alicerce da democracia moderna, razão pela qual “onde sofrerem restrições todo o edifício democrático corre o risco de desmoronar”.

Com efeito, o rol destes direitos – ainda que não haja a plena concordância da doutrina – são compostos por dois blocos distintos, quais sejam, os civis que, conseqüentemente, compreendem direitos como a vida, a integridade física e psicológica, a liberdade de movimento, a nacionalidade e a migração, entre outros; e os direitos de cunho político, ou seja, a associação política, a reunião, a ocupação dos cargos políticos, de sufrágio, bem como, outros de mesma natureza¹¹⁴⁷ (tradução nossa).

Em outras palavras, os primeiros direitos tidos como fundamentais, por sua especial inspiração jusnaturalista, foram os direitos à vida, à liberdade, à propriedade

¹¹⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti. p. 20.

¹¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹⁴⁶ LEFORT, Claude. **Pensando o político**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 58.

¹¹⁴⁷ SANTAGATI, Claudio Jesús. **Manual de derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2009.

e à igualdade. Posteriormente, complementaram-nos com um conjunto de liberdades, ou seja, liberdade de expressão, manifestação, reunião, associação e outras, bem como pelos direitos de participação na política. Da mesma forma, também se enquadram nesta categoria o direito de igualdade perante à lei e algumas garantias processuais, o que revela a íntima relação entre os direitos fundamentais e a democracia.¹¹⁴⁸

Ao seguir este raciocínio, com a caracterização dos direitos fundamentais de primeira geração, o Estado mantinha-se apático quanto à questão social e econômica, o qual permanecia distante neste aspecto da vida das pessoas. No entanto, com o prelúdio da Revolução Industrial, intensas foram as mudanças que afetaram a dinâmica social e política dos países, o que exigiu dos governos maior posicionamento, consciência, responsabilidade e intervenção – tanto na esfera econômica, quanto na social –, com o intuito de reduzir as desigualdades e solucionar os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos, situações que, decerto, enfraqueciam a dignidade humana. Nesta conjectura, sustentados pela noção de indivíduos que vivem em coletividade, emergem os, agora, considerados direitos fundamentais de segunda dimensão.¹¹⁴⁹

Portanto, a segunda dimensão de direitos nasce cingida pelo princípio da igualdade e caracterizada por propiciar aos indivíduos possibilidades de participar do bem-estar social, por meio de direitos econômicos, sociais e culturais.¹¹⁵⁰ A seu turno, são direitos ligados e exercidos pela coletivamente, isto quer dizer que são apropriados para garantir a prosperidade de todos. Deste jeito, para a sua consagração, dependem de um apoio significativo do Estado, o que denota o dever de intervir, por meio de legislação e políticas públicas, para a criação de um sistema institucional que permita o seu exercício. Assim, estima-se que esta geração de

¹¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹¹⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

direitos esteja relacionada ao *status* social, e não individual, do sujeito¹¹⁵¹ (tradução nossa).

Dito de outro modo, o reconhecimento dos direitos fundamentais de índole sócioeconômica e cultural foi, sem dúvida, um grande benefício obtido pela humanidade no movimento socialista, instaurado na primeira metade do século XIX. Com efeito, o titular destes direitos não é o ser humano singular, “[...] com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente”, mas os grupos sociais a mercê da miséria, da doença, da fome, da marginalização, ou seja, os flagelos sociais, cataclismos do sistema capitalista de produção, “[...] cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas”, e que, por este motivo, merece, atualmente, especial reconhecimento nas Cartas de direitos.¹¹⁵²

Nota-se, então, que os direitos fundamentais de segunda geração transparecem a preocupação do Estado com as necessidades dos sujeitos, ou seja, esta categoria foca na sociedade e nos serviços públicos instituídos pelos governantes como garantia destes direitos. Logo, está o ente estatal – vislumbrado neste lugar como uma manifestação organizada da coletividade – incumbido de salvaguardar o fornecimento das prestações essenciais, a satisfazer, assim, aos direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas.¹¹⁵³ Com efeito:

[...] os direitos sociais seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter a família, à proteção à maternidade e à infância, ao lazer e à saúde etc. Os direitos econômicos destinam-se a garantir um padrão mínimo de vida e segurança material, de modo que cada pessoa desenvolva suas potencialidades. Os direitos culturais dizem respeito ao resgate, estímulo e preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como à participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias.¹¹⁵⁴

¹¹⁵¹ CORNESCU, Adrian Vasile. The generations of human's rights. *In: Days of Law: the Conference Proceedings*, 1., 2009, TarguJiu. **Anais eletrônicos** [...]. Brno: Masaryk University, 2009. p. 01-07. Disponível em: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/tvorba_prava/Cornescu_Adrian_Vasile.pdf. Acesso em: 12 maio 2021.

¹¹⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 66.

¹¹⁵³ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos: liberdades públicas e cidadania**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹⁵⁴ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 78.

No final do século XX, um novo núcleo jurídico de emancipação do indivíduo se adiciona aos direitos de liberdade e igualdade. São estes os “[...] direitos de fraternidade ou de solidariedade”,¹¹⁵⁵ “[...] ou até mesmo direito dos povos”¹¹⁵⁶ que, identicamente, guarnecidos pelo conteúdo supremo do humanismo e da universalidade, não se inclinam a resguardar os interesses de um único indivíduo, de um grupo ou de um Estado específico, mas que oferecem especial proteção aos conjuntos de pessoas.¹¹⁵⁷

Assim, os direitos identificados, contemporaneamente, como de terceira geração¹¹⁵⁸ carregam consigo o traço característico de se desligarem, quiça, do aspecto singularizado do homem como seu principal titular, e se designam à salvaguarda da coletividade em geral (família, grupos, povo ou nação), os quais se apresentam, por conseguinte, como direitos de titularidade difusa ou coletiva.¹¹⁵⁹ Em Bonavides,¹¹⁶⁰ por seu lado, estes são direitos que têm por destino primordial “[...] o gênero humano mesmo, num momento expresivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”.

No entendimento de Pérez Luño, nos dias de hoje, não há dúvidas de se estar diante de uma terceira geração de direitos humanos, que surge para complementar as categorias anteriores, a qual se refere às liberdades públicas e direitos econômicos, sociais e culturais. Deste modo, a novel dimensão apresenta-se como resposta ao fenômeno da contaminação das liberdades essenciais, nomenclatura cunhada por alguns setores da teoria social anglo-saxônica, e que se refere à degradação e o empobrecimento que assolam os direitos fundamentais, frente à utilização das novas

¹¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 33.

¹¹⁵⁶ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016. p. 16.

¹¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

¹¹⁵⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 163-193, jan./jun. 2013. Disponível em: www.ufsm.br/redesg. Acesso em: 14 maio 2021. Para o autor, existem na atualidade diversas expressões que são usadas para nomear os direitos de terceira geração, tais como, novos direitos, direitos de solidariedade, direitos da época tecnológica, direitos da sociedade global, direitos da quarta geração ou direitos emergentes, porém essas nomenclaturas não contribuem para a concretização dos objetivos dessa categoria de direitos do homem.

¹¹⁵⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

¹¹⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 569.

tecnologias, as quais, por sua vez, geram riscos inéditos e cerceiam os grandes valores da pessoa humana e sua realização em direitos.¹¹⁶¹

Já em Bobbio,¹¹⁶² a terceira geração de direitos constituiu-se por direitos, ainda, heterogêneos e vagos para serem determinados de maneira imperativa, mas compreendem, em especial, a proteção ao meio ambiente, ou melhor, o direito de viver num ambiente saudável. Entretanto, outras exigências se apresentam, estas “[...] que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração,¹¹⁶³ referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Contudo, para Sarlet,¹¹⁶⁴ na verdade, essa fase dos direitos fundamentais é o resultado das novas reivindicações das pessoas, reflexo, dentre outros, dos efeitos da revolução das tecnologias, das guerras bélicas, assim como, consequências da descolonização gerada pelo segundo pós-guerra, fatores que acarretaram profundos impactos na concretização dos direitos fundamentais. Bonavides, de outra maneira, diz que os direitos em tela despontaram “[...] da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.¹¹⁶⁵

Dentre os direitos de terceira dimensão, situa-se o direito ao desenvolvimento, referência para este estudo,¹¹⁶⁶ o qual “[...] adquiriu maior relevo na década de 40, voltado para preocupação com a sociedade nacional e internacional, sendo de

¹¹⁶¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 163-193, jan./jun. 2013. Disponível em: www.ufsm.br/redesg. Acesso em: 14 maio 2021.

¹¹⁶² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti. p. 09.

¹¹⁶³ Convém citar aqui, que a existência de novas dimensões de direitos fundamentais é tema divergente, mesmo dentre os doutrinadores que admitem a existência de outras gerações, entres esses não há consenso ou definições exatas. Para entender melhor esse dissenso recomenda-se as leituras: OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>. Acesso em: 15 maio 2021. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹¹⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 569.

¹¹⁶⁶ Isso não significava que o direito ao desenvolvimento seja mais importante que os demais direitos de terceira dimensão, mas que eles não serão referência para esta Tese.

aplicabilidade a todos, com objetivo de erradicação da pobreza entre os povos”.¹¹⁶⁷ Somado a isto, encontra-se consagrado, em textos contemporâneos, como um direito humano inalienável e de caráter multifacetado, visto que compreende não apenas a satisfação de necessidades de cunho econômico, mas, também, políticas sociais e culturais indispensáveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento de sua personalidade.¹¹⁶⁸

Neste contexto, para Ribeiro,¹¹⁶⁹ pode-se definir o direito ao desenvolvimento como a concretização de todos os direitos humanos (fundamentais), indo além da definição dele no sentido unicamente econômico. Ou melhor, “busca-se, destarte, uma redefinição de desenvolvimento, capaz de englobar os aspectos multidimensionais, em oposição à noção de simples crescimento”. Segundo Sen,¹¹⁷⁰ o desenvolvimento, ainda que tratado como econômico, não se referia somente “às oportunidades formais que estão disponíveis [...], mas engloba também as liberdades efetivas e capacidades – que as pessoas possuem na esfera que encaramos como econômica, [...]”.

Dito por Grau, de outro modo, o desenvolvimento não prevê apenas crescimento meramente econômico, mas, principalmente, a ascensão do nível cultural-intelectual dos indivíduos e, sobretudo, um processo contínuo de mudança social. Por isto, embora o fator econômico seja extremamente relevante em todas as esferas do desenvolvimento, forçoso seria contemplar seu conceito apenas pelo viés econômico, já que ele implica na realização de toda uma mobilidade social.¹¹⁷¹

Como se vê, está o direito ao desenvolvimento atrelado ao bem-estar de todos em uma sociedade, na sua relação com o meio ambiente sustentável, em políticas

¹¹⁶⁷ BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. **Revista Argumentum**, Marília, v. 17, p. 158, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/149>. Acesso em: 14 jun. 2019.

¹¹⁶⁸ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹¹⁶⁹ RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves. **O direito ao desenvolvimento e sua recepção pelo ordenamento jurídico interno como direitos humanos: uma abordagem a partir da teoria econômica humanista e da universalização do direito**. p. 129. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15279. Acesso em: 17 maio. 2019.

¹¹⁷⁰ SEN, Amartya Kumar. Prefácio. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005. p. 20.

¹¹⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 218.

educacionais, na igualdade de gênero, em melhores condições de saúde e de trabalho digno e no compromisso com a promoção da liberdade. A liberdade é o principal fim do desenvolvimento e deve seguir no mesmo sentido, pois devem o desenvolvimento e o crescimento econômico estar a serviço da qualidade de vida das pessoas.¹¹⁷²

Sendo assim, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito fundamental significa, em poucas palavras, garantir a prosperidade da pessoa humana, ao reconhecê-la como o principal destinatário de ações que visam ao fortalecimento dos valores humanos. No entanto, isto somente será possível quando desenvolverem as capacidades intrínsecas à liberdade dos indivíduos, por meio da promoção da emancipação social, do respeito às diferenças políticas, étnicas e culturais e da afirmação de outros princípios fundamentais, como a autodeterminação dos povos, solidariedade e dignidade humana.

Neste sentido, para melhor compreensão do direito ao desenvolvimento, passar-se-á a uma breve síntese do seu processo histórico de edificação, de modo a observar, preliminarmente, sua concepção puramente econômica e sua ampliação como desenvolvimento humano.

4.2 Marco histórico do direito ao desenvolvimento

A expressão desenvolvimento é dinâmica, pois admite inúmeros significados e variadas adjetivações, bem como a aplicação em diversificadas áreas das ciências e, até mesmo, do conhecimento humano, embora, por certo, pareça relacionar-se somente ao contexto industrial e conjecturar o crescimento econômico. No entendimento de Tawfeiq,¹¹⁷³ a ideia de desenvolvimento galgou significativas “[...] transformações ao longo da última metade do século passado, sendo que, no pensamento contemporâneo, este conceito não é mais tratado apenas como uma meta puramente econômica, mas de fato como um verdadeiro direito humano [...]”. Desta forma:

¹¹⁷² SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹¹⁷³ TAWFEIQ, Reshad. **Direito ao desenvolvimento e agronegócio**: a inconstitucionalidade do modelo agrário brasileiro. 2019. p. 36. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2019. Disponível em: <https://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/3001>. Acesso em: 22 maio 2021.

Essa ideia de transição evolutiva fez com que a palavra passasse a admitir diversos prismas ou conotações, a depender do adjetivo que a qualifica, podendo ser: social, político, humano, econômico, ambiental, infantil, nacional, regional, equilibrado, sustentável, dentre muitos outros. Como se não fosse suficiente, cada uma dessas conotações normalmente comporta mais de uma compreensão. Sob o ponto de vista econômico, por exemplo, a expressão desenvolvimento pode ser vista como processo de crescimento do produto interno bruto, ou como modernização ou industrialização.¹¹⁷⁴

Neste enquadramento, para os fins deste texto, considerar-se-á o desenvolvimento retratado, em especial, na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986,¹¹⁷⁵ a qual o reafirmou como um processo econômico, social, cultural, político e, principalmente humano.¹¹⁷⁶ Contudo, antes desta manifestação histórico-normativa, que concedeu a este direito o status de fundamental, extenso foi o percurso que proporcionou a mudança de paradigma do fenômeno do desenvolvimento para uma roupagem mais humanizada. Por isto, vale lembrar que “[...] compreender o desenvolvimento como direito humano implica na reconstrução do próprio conceito de desenvolvimento, o qual não se confunde com crescimento econômico”.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹¹⁷⁵ SOUSA, Mônica Teresa Costa. Direito ao desenvolvimento como direito humano: implicações decorrentes desta identificação. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 422-443, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1956>. Acesso em: 25 maio 2021.

¹¹⁷⁶ Convém esclarecer que nesse tópico será buscar-se-á compreender o direito humano ao desenvolvimento, ou seja, como um direito subjetivo e reponsável pela colaboração do desenvolver individual e coletivo das pessoas, bem como, e sua trajetória de reconhecimento, e não a distinta expressão denominada direito do desenvolvimento que corresponde a uma organização jurídica basilarmente estatal e que objetiva regular as relações entre os Estados. Para melhor entender as diferenças entre as expressões ler: SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 170-189, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307>. Acesso em: 24 maio 2021.

¹¹⁷⁷ SOUSA, Livia Maria de. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 9, n. 32/33, p. 73, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-32-33-janeiro-dezembro-2010/o-direito-humano-ao-desenvolvimento-como-mecanismo-de-reducao-da-pobreza-em-regioes-com-excepcional-patrimonio-cultural>. Acesso em: 20 maio 2021.

Assim, principalmente na segunda metade do século XX, o termo desenvolvimento teve sua utilização e sentido profundamente amplificados, tal qual adquiriu cientificidade e fundamentação jurídica, ainda que a locução permanecesse correlacionada a assuntos relativos ao progresso, riqueza, mudança e bem-estar. Anjos Filho¹¹⁷⁸ menciona que a palavra desenvolvimento passou, ainda por volta de 1850, a ser percebida como a progressão de estágios mais simples, inferiores, para outros mais complexos, ou seja, a palavra desenvolvimento, após tal período, alterou seu sentido em diversos prismas ou conotações, a depender do atributo que a qualifica.

Desta forma, como já observara Adam Smith,¹¹⁷⁹ a muito paíram sobre a humanidade inquietações sobre a formação da riqueza das nações, porém, a produção teórica voltada, especificamente, para a evolução econômico-social dos países e o desenvolvimento como um direito das pessoas, somente ganha, considerável, espaço na contemporaneidade devido aos novos países, oriundos da descolonização, das grandes descobertas científicas, das inovações tecnológicas, da troca em tempo real de informações, conhecimentos e comunicação, mas, em especial, das questões relativas ao subdesenvolvimento, visto que, “[...] toda economia subdesenvolvida é necessariamente dependente, pois o subdesenvolvimento é uma criação da situação de dependência”.¹¹⁸⁰

De fato, a concepção de desenvolvimento tal qual debatido na atualidade perpassa, ante a sequência histórica, pela ideia pura de crescimento econômico, visto que não é incomum tratarem as duas nomenclaturas como termos e significados correlatos. Ao seguir este raciocínio, o crescimento econômico seria um vocábulo próprio, designativo de cada economia, ou seja, retrata um conjunto de riquezas que cada país produz, em determinada época, e que influenciará – direta ou indiretamente – na consolidação dos elementos de produção e, conseqüentemente, no seu desenvolvimento econômico.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁸ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 117-151.

¹¹⁷⁹ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Tradução de: An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations.

¹¹⁸⁰ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 87.

¹¹⁸¹ BENFATTI, Fabio Fernandes. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Isto porque, como alerta Barral, para os primeiros economistas da virada do século XVI, predominava a visão de que o centro do poder estava, diretamente, relacionado ao Estado, o qual se identificava pelo poder militar, posse de colônias e acumulação de riquezas preciosas, e, portanto, a representação do desenvolvimento. Esta situação é, facilmente, compreendida, devido ao momento histórico, ou seja, o desenvolvimento relacionava-se com as práticas econômicas de expansão marítima e comercial, empreendidas durante as grandes navegações e que, posteriormente, caracterizariam o mercantilismo.¹¹⁸²

Neste contexto, importante destacar que a ideia de crescimento econômico aflorou em 1776, quando Smith,¹¹⁸³ ao raciocinar sobre a economia nacional, argumentou que a relação de funcionamento e expansão dos mercados seria fundamental para influenciar e favorecer o aumento de produção, já que, com isto, os custos seriam menores e os lucros, conseqüentemente, maiores. Desta maneira, com o aumento da lucratividade, as possibilidades de emprego para mão-de-obra economicamente ativa, também, se alargariam e a renda da população seria, como resultado, incrementada, bem como, a longo prazo, aumentaria a redistribuição de renda entre o capital e o trabalho.

Nas palavras do escritor clássico,¹¹⁸⁴ “nenhuma sociedade pode ser florescente e feliz, se a grande maioria de seus membros forem pobres e miseráveis”, pois, é justo “[...] que aqueles que alimentam, vestem e dão alojamento ao corpo inteiro da nação, tenham uma participação tal na produção de seu próprio trabalho, que eles mesmos possam ter mais do que alimentação, roupa e moradia apenas sofrível”. Em decorrência deste entendimento, observa-se que o crescimento econômico, em Smith, é uma condição fundamental para chegar-se ao desenvolvimento, alíás, seria o próprio desenvolvimento.

¹¹⁸² BARRAL, Weber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Weber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica de desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 31-60.

¹¹⁸³ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Tradução de: An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations.

¹¹⁸⁴ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Tradução de: An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. p. 129.

Entretanto, foi Schumpeter,¹¹⁸⁵ no início do século XX, um dos primeiros economistas a registrar, teoricamente, o entendimento de que crescimento econômico e desenvolvimento teriam sentidos distintos, o qual o fez ao considerar que o mero crescimento da economia, representado apenas pelo aumento da produção e da riqueza, não pode ser nominado como um processo do desenvolvimento. Deste modo, ele atribui ao crescimento uma qualidade somente expansiva, mas o desenvolvimento se verificaria, segundo o autor, mediante o implemento de inovações tecnológicas, por intermédio de empresários inovadores e, também, pela concessão de crédito bancário, pois isto permitia que o processo de produção deixasse de ser rotineiro e passasse a vivenciar um lucro fenomenal.¹¹⁸⁶

Nota-se que as concepções defendidas por Schumpeter e Smith são diferenciadas, embora na essência, em ambos ainda sejam especificamente econômicas. Porém, o primeiro identifica como poder econômico e o segundo, por sua vez, como um desdobramento, ou seja, crescimento e desenvolvimento aparecem com sentidos diversos. Deste jeito, questões pertinentes ao crescimento e ao desenvolvimento econômico são, efetivamente, introduzidas na teoria econômica neoclássica – em especial nas três primeiras décadas do século XX –, onde muitos economistas, principalmente, Keynes, defendem a expansão interventora do Estado como maneira de evitar as crises nas economias capitalistas.¹¹⁸⁷

Por fim, para Keynes, a economia ortodoxa, ou clássica, como se refere o autor, estava colapsada, pois, apesar de sua superestrutura, erguida com grande cuidado e consistência lógica, lhe faltava, ainda assim, clareza e generalidade quanto as suas premissas e, portanto, carecia de reexame crítico quanto a certos pressupostos básicos.¹¹⁸⁸ Neste contexto, percebe-se que as primeiras abordagens de crescimento econômico estavam, ainda, conectadas à ideia restrita, e notadamente econômica, as quais passaram por um processo de mudanças intrínsecas, o que alterou o equilíbrio anteriormente existente na economia e anunciou, por conseguinte, o desenvolvimento econômico.

¹¹⁸⁵ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Tradução de: Theorie der wirtschaftlichen entwicklung.

¹¹⁸⁶ SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹⁸⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹⁸⁸ KEYNES, Maynard. **The general theory of employment, interest, and money**. London: Macmillan, 1936.

Assim, para Vasconcellos,¹¹⁸⁹ crescimento e desenvolvimento, em sentido econômico, são situações com acepções distintas, já que o primeiro significa a expansão ininterrupta da renda *per capita* de um país em um determinado período de tempo – quantitativa – e o segundo, por sua vez, possui uma essência mais qualitativa, que compreende as modificações da composição de produtos e a alocação dos recursos pelos diversificados setores da economia, de maneira a elevar os indicadores socioeconômicos de bem-estar dos indivíduos, tais como pobreza, desemprego, saúde, educação etc.

De uma maneira geral, em Nusdeo,¹¹⁹⁰ o crescimento econômico representa somente o aumento da renda e do Produto Interno Bruto (PIB), sem, contudo, acarretar mudança significativa numa dada economia, isto porque “[...] tal transformação estrutural já se verificou e o país, portanto, já se desenvolveu, ou então o crescimento é apenas transitório e não se autossustentará, justamente por não conseguir alterar” a composição. A *contrario sensu*, o fenômeno do desenvolvimento, sob o enfoque econômico, é um processo constante, em que a disponibilidade de bens e serviços aumenta em proporção superior ao crescimento demográfico de uma comunidade, o que envolve, também, “[...] modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura da economia e da própria sociedade”.

Em Bercovici,¹¹⁹¹ a noção de crescimento econômico liga-se a uma concepção mais restrita e, especificamente, relacionada à esfera econômica, o que desacompanhado de transformações indispensáveis para melhorar as condições de vida das pessoas não representa o desenvolvimento, mas sim, uma simples modernização. Já o desenvolvimento econômico, para Gomes,¹¹⁹² depende de crenças substantivas e adjetivas de uma comunidade, pois retrata um processo que acontece dentro de situações institucionais, que orientam à modificação estrutural da sociedade, visto que “um povo que está se desenvolvendo passa a adotar novos

¹¹⁸⁹ VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹¹⁹⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 304.

¹¹⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹⁹² GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961. p. 19.

valores como fins da ação social e busca, para sua consecução, normas que estimulem o processo de desenvolvimento”.

Grau,¹¹⁹³ ao distinguir os dois institutos, afirma que o desenvolvimento pressupõe uma metodologia de alterações que se deseja realizar em uma sociedade, ou seja, uma dinâmica de mobilidade social constante e intermitente. Deste modo, o processo de desenvolvimento contribuiria para a elevação de um arranjo social para outro, de modo a aumentar o nível econômico, cultural e intelectual da comunidade. Para tanto, requer mudanças implementas quantitativas e qualitativas, sem confundir, no entanto, desenvolvimento com a mera ideia de crescimento, visto que este último seria puramente quantitativo, o que representa somente uma parcela do desenvolvimento.

Entretanto, o conceito hodierno de desenvolvimento surgiu no período pós-guerra, numa conjectura de repação da Europa e da necessidade de equilibrar o crescimento econômico e os direitos humanos. Para Furtado,¹¹⁹⁴ as reflexões sobre o desenvolvimento após a Segunda Guerra Mundial alastraram-se para além da economia, a vista do debate político resultante das causas e consequências do conflito, tais como a tomada de consciência do subdesenvolvimento econômico da grande maioria da humanidade, do desmantelamento das estruturas coloniais e da necessidade – principalmente internacional – de criação de mecanismos de controle das tecnologias, das informações e das manipulações ideológicas.

Neste sentido, segundo entendimento de Sachs,¹¹⁹⁵ as primeiras reflexões sobre o desenvolvimento começaram “[...] nos anos 40, no contexto da preparação dos anteprojetos para a reconstrução da periferia devastada da Europa no pós-guerra”, sendo que a primeira geração de economistas do desenvolvimento inspirou seu trabalho, fundamentalmente, no conhecimento econômico dominante da época, “[...] que pregava a prioridade do pleno emprego, a importância do Estado de bem-estar social, a necessidade do planejamento e a intervenção do Estado nos assuntos econômicos para corrigir a miopia e a insensibilidade social dos mercados”.

¹¹⁹³ GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

¹¹⁹⁴ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

¹¹⁹⁵ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 30.

Por conseguinte, tornou-se essencial a criação de direitos para salvaguardar o próprio gênero humano, inclusive sob o ponto de vista desenvolvimentista, o que inclui, também, “[...] a preocupação com a paz, o desenvolvimento, a autodeterminação dos povos e o cuidado com o meio ambiente, entre outros temas difusos e globais”.¹¹⁹⁶ Vale lembrar, então, que seria reducionista, nesta linha de raciocínio, qualquer suposição que julgue, “[...] como expressões equivalentes, o crescimento econômico e o desenvolvimento, uma vez que, sendo o desenvolvimento um direito humano inalienável, é necessário que o seu conceito englobe também as dimensões culturais, sociais e políticas”.¹¹⁹⁷ Com base neste cenário, Sousa argumenta, sobre o desenvolvimento, que:

O advento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 foi indispensável para o desenvolver. A influência de um organismo internacional e, posteriormente, a chegada da Declaração Universal dos Direitos Humanos, contribuíram de forma assertiva para a autodeterminação dos povos, pois a existência de um documento global revelou a imprescindibilidade dos países saírem da tutela de outros, para que, enfim, pudessem trilhar o próprio caminho ao desenvolvimento, a partir da reflexão de suas necessidades internas.¹¹⁹⁸

Contudo, o desenvolvimento somente se desvencilha, verdadeiramente, do crescimento econômico a partir da década de 1960, com “[...] o surgimento de evidências de que o intenso crescimento econômico não se traduziu necessariamente em maior acesso de população pobres a bens materiais e culturais [...]”.¹¹⁹⁹ Na visão

¹¹⁹⁶ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹¹⁹⁷ SOUSA, Livia Maria de. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 9, n. 32/33, p. 73, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-32-33-janeiro-dezembro-2010/o-direito-humano-ao-desenvolvimento-como-mecanismo-de-reducao-da-pobreza-em-regioes-com-excepcional-patrimonio-cultural>. Acesso em: 20 maio 2021.

¹¹⁹⁸ BARROS, Ana Carolina Vieira de; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. O direito ao desenvolvimento em evidência: construção conceitual e inserção da biodiversidade como quesito chave para o fortalecimento dos direitos humanos. **Revista Argumentum**, Marília, v. 21, n. 3, p. 1155, set./dez. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1377/825>. Acesso em: 12 set. 2020.

¹¹⁹⁹ WALKER, Priscila Benelli. A construção do direito ao desenvolvimento e sua aplicação mediante as políticas públicas de sustentabilidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 159-190, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1227>. Acesso em: 29 jan. 2021.

de Lafer,¹²⁰⁰ foi a existência de um sistema internacional de polaridades definidas que desencadeou as divergências entre direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos. Nesta conjectura, emerge “o empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”.

Embora a primeira documentação internacional, de importância impar para os direitos humanos, ao tratar sobre a promoção do desenvolvimento, seja Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948,¹²⁰¹ a reconhecida ideia de um direito ao desenvolvimento humano¹²⁰² somente foi realmente abordada em 1972, pelo jurista senegalês Keba M'Baye, em discurso no Instituto Internacional de Direitos Humanos, quando destacou que “[...] as dimensões nacional e internacional do direito ao desenvolvimento, além de identificá-lo como um direito humano individual e coletivo”.¹²⁰³ Na sequência, também no ano de 1972, o professor espanhol Salcedo¹²⁰⁴ destacou, por meio da publicação de um artigo, a noção de um direito ao desenvolvimento humano, ao discorrer que:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano e um direito dos povos, que traz consigo a corolário de que todos os homens e todos os povos, sem distinção, devem contribuir para os objetivos comuns da humanidade. Entendido o crescimento como mais mudança,

¹²⁰⁰ LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 32.

¹²⁰¹ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 25 maio 2021. A ideia de os indivíduos possuírem direito a se desenvolverem dignamente está presente principalmente nos Artigos 22 e 25 da declaração internacional.

¹²⁰² PEREIRA, Antonio Celso Alves. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, n. 77/78, p. 29, jan./mar. 1992. Saliencia-se, porém, que a primeira pessoa a debater o assunto, na concepção do autor, foi o Cardeal Etienne Duval, arcebispo de Arghel, em 01 de janeiro de 1969, anunciou a existência de um direito ao desenvolvimento para os países em desenvolvimento, numa mensagem de Ano Novo ao povo da Argélia.

¹²⁰³ SOUSA, Mônica Teresa Costa. Direito ao desenvolvimento como direito humano: implicações decorrentes desta identificação. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 423, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1956>. Acesso em: 25 maio 2021.

¹²⁰⁴ “El derecho al desarrollo es un derecho humano y un derecho de los pueblos, lo que trae consigo el corolario de que todos los hombres y todos los pueblos, sin distinción, han de contribuir a una empresa común de la humanidad. Entendido como crecimiento más cambio, el desarrollo y el derecho al desarrollo como derecho humano constituyen un factor revolucionario en la vieja estructura del Derecho internacional público que, en su proceso de socialización y democratización, no hace otra cosa que liberalizarse y humanizarse”. SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana. **Revista Española de Derecho Internacional**, Madrid, v. 25, n.1/4, p. 119-125, 1972. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44294601?seq=1>. Acesso em: 31 maio 2021.

desenvolvimento e direito ao desenvolvimento como um direito humano, eles constituem um fator revolucionário na velha estrutura do direito internacional público que, em seu processo de socialização e democratização, nada mais faz do que liberalizar e humanizar.

Assim, abriu-se acesso a uma transformação da ideia de desenvolvimento, agora reestruturado com base em discussões e publicações globais e capazes de propiciar a reconstrução da concepção de novo crescimento e de um novo direito, progressivamente, separado de desígnios meramente quantitativos, para galgar uma noção de crescimento com equidade e voltado para a inserção de “[...] metas como alívio direto da pobreza, emancipação das mulheres, proteção das minorias, liberdade política, acesso à justiça e segurança jurídica”, o que ampliou os parâmetros desenvolvimentistas e os meios para alcançá-los.¹²⁰⁵

Comporta lembrar que, em 1975, por meio da Resolução n. 02 (XXXI), a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNU) deliberou pela inclusão, em sua agenda, como ponto de alta relevância, da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais já estavam previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e, também, no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, bem como, analisar, com prioridade, questões relativas aos direitos humanos, em especial nos países em desenvolvimento. Entretanto, a ONU proclamou, pela primeira vez, a existência deste direito como um direito humano na Resolução n. 04 (XXXIV), da CDHNU, de 21 de fevereiro de 1977.¹²⁰⁶ Na oportunidade, para Anjos Filho:¹²⁰⁷

[...] a Comissão recomendou ao Conselho Econômico e Social que convidasse o Secretário-geral a fazer um estudo sobre as dimensões internacionais do direito ao desenvolvimento como um direito humano

¹²⁰⁵ TRUBEK, David Max. A coruja e o gatinho: há futuro para o “direito e desenvolvimento”? *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro – textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 221.

¹²⁰⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹²⁰⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. p. 76. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

baseado na cooperação internacional, incluindo o direito à paz, levando em consideração os pleitos da Nova Ordem Econômica Internacional e as necessidades humanas fundamentais. Esse estudo deu origem a um relatório apresentado em 02 de janeiro de 1979, [...].

Mais tarde, em 02 de março de 1979, a CDHNU consagrou, por meio da Resolução n. 05 (XXXV), a existência do desenvolvimento humano e da igualdade de oportunidades como um direito dos indivíduos, dos povos e, também, das nações. Entretanto, o direito, em seu conteúdo, ainda apresentava vagueza, fator que fez com que a Comissão de Direitos Humanos não atingisse êxito num acordo unânime entre os Estados que pertenciam à organização.¹²⁰⁸ Todavia, a partir de então, o direito em tela “[...] evoluiu significativamente no plano internacional, passando a figurar em diversos documentos internacionais, o que contribuiu para o processo de reconhecimento e sedimentação no universo conceitual dos direitos humanos”.¹²⁰⁹ Em Rocha:¹²¹⁰

Este avanço do tema no âmbito da ONU durante a década de 1970 é resultado do processo de descolonização da África e Ásia, resultando no aumento da representação dos países com menor desenvolvimento relativo na Assembleia Geral da organização, e também da instauração da Nova Ordem Econômica Internacional (Resolução 3201 da ONU, de 1º de maio de 1974). Esta resolução da ONU reconheceu a necessidade de mudanças na atual estrutura do sistema econômico internacional, tendo em vista que este foi apontado como o responsável pelas desigualdades sociais e econômicas entre os Estados, o que resultava na posição vulnerável dos países mais pobres. Na mesma data foi aprovada a Resolução 3202, responsável por ditar as orientações desta Nova Ordem Econômica Internacional.

Neste seguimento, em 1981, estabeleceu-se um grupo de trabalho sobre o direito ao desenvolvimento, na Comissão de Direitos Humanos, o qual possuía quinze peritos governamentais, com a função de organizar um projeto de declaração sobre o

¹²⁰⁸ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2007, Manaus, **Anais Eletrônicos** [...], Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 6952-6973. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

¹²⁰⁹ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 90.

¹²¹⁰ ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma. **O nível de proteção da propriedade intelectual definido pelo acordo TRIPS/OMC e o direito ao desenvolvimento**. 2011. p. 55-56. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13182>. Acesso em: 01 jun. 2021.

tema. Assim, mesmo diante de divergências internas, o conjunto de *experts* elaborou e apresentou, em 1985, o relatório que deu origem à Declaração das Nações Unidas sobre Direito ao Desenvolvimento,¹²¹¹ de 04 de dezembro de 1986, adotada pela Assembleia Geral, em sua Resolução 41/128, da mesma data.¹²¹² Nas palavras de Sousa:¹²¹³

Embora a A/RES/34/46 determine pela primeira vez, no âmbito das Nações Unidas, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano, apenas na década de 1980 toma forma uma Resolução dedicada exclusivamente a este direito, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 (A/RES/41/128), que reforça o caráter indissociável e interdependente dos direitos humanos.

Desta forma, tal documento admitiu, já no preâmbulo, que o desenvolvimento humano compõe-se por um processo econômico, social, cultural e político, vasto e inclusivo, que objetiva o contínuo fomento do bem-estar da população em geral, bem como dos indivíduos especificamente. Para tanto, será esse direito fundamentado na participação ativa, livre e significativa, bem como na distribuição justa das vantagens daí resultantes.¹²¹⁴ Admite, ainda, ser “[...] o direito ao desenvolvimento um direito humano inalienável que deve conferir igualdade de oportunidade para o desenvolvimento dos indivíduos”.¹²¹⁵

Por tal razão, “[...] a Declaração prevê que todos os aspectos do direito ao desenvolvimento são indivisíveis e interdependentes, devendo cada um deles ser

¹²¹¹ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

¹²¹² ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹²¹³ SOUSA, Mônica Teresa Costa. Direito ao desenvolvimento como direito humano: implicações decorrentes desta identificação. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 424, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1956>. Acesso em: 25 maio 2021.

¹²¹⁴ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

¹²¹⁵ TAWFEIQ, Reshad. **Direito ao desenvolvimento e agronegócio**: a inconstitucionalidade do modelo agrário brasileiro. 2019. p. 65. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2019. Disponível em: <https://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/3001>. Acesso em: 22 maio 2021.

considerado no contexto de todo”.¹²¹⁶ Neste sentido, o artigo 1º da referida declaração divide-se em dois parágrafos, os quais, a seu turno, conceituam o direito ao desenvolvimento, com as seguintes características:

§1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.¹²¹⁷

Nesta acepção, observa-se não ser prudente equiparar o direito ao desenvolvimento unicamente ao termo crescimento econômico, ou seja, àquele crescimento voltado apenas para a produção, consumo, lucratividade e concentração de renda, mas sim, direcionar seu entendimento para o aperfeiçoamento e, porque não, à construção da dignidade das pessoas, nas esferas econômica, social e política. Assim, o processo de capacitação dos indivíduos, compreenderia, entre outros, “[...] aspectos como a educação, o conhecimento, a justiça social, a participação pública e o fortalecimento das instituições democráticas [...]”,¹²¹⁸ eficientes subterfúgios na luta contra a miséria, as desigualdades e o subdesenvolvimento, por exemplo.

Por conseguinte, em Rister,¹²¹⁹ o desenvolvimento, enquanto processo, é longo e demanda incentivos nos campos econômico, social e político, por meio de políticas públicas, programas de ação governamental e cooperação internacional. Sendo assim, a dimensão tida como econômica equivaleria ao implusamento do crescimento interno, autônomo, independente e sustentável da produção de bens e serviços. O elemento social desenvolvimentista, por sua vez, se materializaria com a

¹²¹⁶ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 91.

¹²¹⁷ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

¹²¹⁸ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 93.

¹²¹⁹ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Ler também: PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos**. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

paulatina igualdade de condições básicas de vida, via efetivação dos direitos humanos de índole econômica, social e cultural. Por fim, o componente político, centro de todo o processo, se concretizaria por intermédio da realização da vida democrática, ou melhor, pela ascensão do povo ao papel de sujeito político ativo e titular efetivo do direito ao desenvolvimento.

Já o artigo 2º, da Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento, em seu § 1º, determina que “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”,¹²²⁰ o que deixa, outra vez, clarificada a intenção do documento em estabelecer a pessoa humana como a principal favorecida do direito ao desenvolvimento, o que propiciou, ainda mais, a quebra do paradigma deste direito, ou seja, do desenvolvimento econômico para o desenvolvimento humano. Com isto, fica evidente a manifesta aceitação “[...] do direito ao desenvolvimento [...] como direito inalienável pertencente a todos os seres humanos e todos os povos implicou elevar à categoria de direito humano o desenvolvimento em suas duas dimensões”, quais sejam: individual e coletiva.¹²²¹

A declaração dispõe, ainda, em diversos artigos (artigo 2º, § 3º; artigos 3º a 8º; artigo 10º) sobre o papel dos Estados, em âmbito nacional e internacional, na realização do direito ao desenvolvimento. Neste contexto, é de responsabilidade, e também um direito, de cada nação a elaboração de políticas nacionais que desenvolvam e dê condições favoráveis e constante ao crescimento do bem-estar de todos, individual e coletivamente, por meio da participação popular nas variadas esferas do desenvolvimento, bem como de todos os direitos humanos. Cabendo-lhes, também, o dever de cooperação, como outro mecanismo de eliminação dos empecilhos que dificultem a erradicação da pobreza, a igualdade entre os povos e os indivíduos, a promoção dos direitos básicos e a soberana garantia dos direitos humanos.¹²²²

¹²²⁰ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

¹²²¹ SOUSA, Livia Maria de. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 9, n. 32/33, p. 74, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-32-33-janeiro-dezembro-2010/o-direito-humano-ao-desenvolvimento-como-mecanismo-de-reducao-da-pobreza-em-regioes-com-excepcional-patrimonio-cultural>. Acesso em: 20 maio 2021.

¹²²² ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

O artigo 9º da declaração em comento,¹²²³ por outro lado, ressalta que todas as características afetas ao direito ao desenvolvimento são indivisíveis e interdependentes, as quais devem, cada uma delas, ser consideradas como um todo, ou seja, um único direito, que reforça o contexto de existência e promoção dos demais direitos humanos, de modo a complementar o seu enfoque individual e coletivo. Além disto, nada na presente Declaração comporta compreensão em oposição às finalidades e princípios da Organização das Nações Unidas e, muito menos, aos direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

Em síntese, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, nas reflexões de Piovesan,¹²²⁴ representa, contemporaneamente, um extraordinário avanço para a teoria desenvolvimentista, visto que se apresentou numa novel roupagem, agora baseada nos direitos humanos. Sob esta perspectiva:

[...] o direito ao desenvolvimento compreende como relevantes princípios: a) o princípio da inclusão, igualdade e não discriminação (especial atenção deve ser dada à igualdade de gênero e às necessidades dos grupos vulneráveis); b) o princípio *accountability* e da transparência; c) o princípio da participação e do empoderamento (*empowerment*), mediante livre, significativa e ativa participação; e d) o princípio da cooperação internacional. Esses são também os valores que inspiram os princípios fundamentais do Direito dos Direitos Humanos (grifos da autora).

Outrossim, distintos foram os documentos internacionais que, no decorrer do tempo, reafirmaram o direito ao desenvolvimento como um direito humano e não mais como uma mera questão econômica entre os Estados. É o caso da Declaração Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), do relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994), do documento da Reunião da Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social (1995), da Declaração de Pequim (1995), da Declaração de

¹²²³ ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

¹²²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 105.

Istambul (1996) e da Declaração do Milênio (2000).¹²²⁵ Importante destacar que existem, também, as convenções regionais, que revelam o direito ao desenvolvimento:

Nesse grupo, a Carta de Banjul (1981) é expressa a respeito no seu preâmbulo e no seu artigo 22, [...]. Além da Carta de Banjul, mecem citação: a) a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, [...] (1950; preâmbulo; artigos 1º a 18; 19 a 51); b) a Carta Social Européia (1961; preâmbulo; artigos 1º a 14, 16,17,20 a 23, 25 a 31); c) o Código Europeu de Seguridade Social (1964); d) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José (1969; preâmbulo; artigo 26 [...]); e) a Convenção Europeia Sobre Seguridade Social (1972); f) a Convenção para a Proteção do Patrimônio Arquitetônico da Europa (1985; preâmbulo); g) o Protocolo Adicional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominado Protocolo de San Salvador (1988 [...]); h) o Código Europeu de Seguridade Social Revisto (1990); i) a Convenção-Quadro do Conselho da Europa sobre o Valor do Patrimônio Cultural para a Sociedade (2005 [...]).¹²²⁶

Com isto, o direito ao desenvolvimento, no cenário contemporâneo, segundo Bobbio,¹²²⁷ se apresenta, primeiramente, como um desdobramento natural da autodeterminação dos povos, em virtude do processo de descolonização e da tomada de consciência dos novos valores que este expressa. Portanto, representaria um complemento da autodeterminação, ou seja, um direito humano coletivo, com reflexos individuais, que se identificaria “[...] como instrumento da verdadeira independência, da negação do colonialismo e do pleno acesso dos povos aos bens e direitos inerentes a um estágio de desenvolvimento que garanta o bem-estar econômico e social [...]” inerente a todo cidadão.¹²²⁸

¹²²⁵ Esses são somente alguns dos documentos da Organização das Nações Unidas que mencionam o direito ao desenvolvimento. Para um entendimento amplo e aprofundado sobre o assunto ler: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹²²⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 122-123.

¹²²⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

¹²²⁸ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos: delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 157.

Manifesta-se, ainda, num segundo momento, com uma acepção voltada para a sustentabilidade, ou seja, um direito de caráter difuso, mas também coletivo, que garanta o meio ambiente e a paz para todas as pessoas. Em outra face, apareceria como um mecanismo de atenuação de desigualdades, locais e regionais, dentro de uma mesma nação ou espaço político supranacional. Por fim, surgiria como um conjunto de políticas e direitos a ele conexos, no plano nacional e internacional, voltados ao combate das desigualdades materiais, bem como à promoção e à garantia dos direitos sociais e econômicos, mediante uma lógica de redistribuição de riqueza e geração de bem-estar, tanto na esfera individual, quanto na social.¹²²⁹

Resta claro, hordiernamente, que o direito ao desenvolvimento é, reconhecidamente, um processo dinâmico, que requer estruturas e sistemas habilitadores, como responsabilidade e dever do Estado. Isto é, o interrelacionamento e a interdependência entre as pessoas e os direitos, tendo os indivíduos e povos como sujeitos deste desenvolvimento, o que requerer, ainda, a participação essencial individual e coletivamente neste processar, a indivisibilidade e interdependência do civil, econômico, cultural, político e social, a indivisibilidade dos aspectos materiais e não materiais do desenvolver, a interdependência e a correlação entre a dimensão individual e coletiva, da mesma maneira que a inter-ligação e reciprocidade entre a justiça nacional e internacional. Assim, haveria possibilidade de respeito a princípios como a igualdade, a não discriminação, a justiça social, a solidariedade e a autodeterminação dos povos, pré-requisitos para a realização dos direitos e liberdades fundamentais dos seres humanos.¹²³⁰

Como se nota, o direito ao desenvolvimento, visto como um direito humano, inseriu uma nova perspectiva ao pensamento desenvolvimentista, uma vez que se presta à realização das liberdades dos indivíduos e a melhorar suas capacidades, tudo isto por meio de políticas de desenvolvimento, ou seja, concentra-se nas reivindicações que os indivíduos têm sobre a conduta do Estado e outros agentes,

¹²²⁹ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos: delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 153-178.

¹²³⁰ KUNANAYAKAM, Tamara. The declaration on the right to development in the context of United Nations standard-setting. *In*: **Realizing the right to development: essays in commemoration of 25 years of the United Nations Declaration on the Right to Development** (org.). New York and Geneva: United Nations, 2013. E-book. p. 17-48. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RightDevelopmentInteractive_EN.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

para proteger suas capacidades e liberdades. Desta forma, o pensamento humanizado sobre o direito ao desenvolvimento preocupa-se, principalmente, com a maneira de analisar estes resultados, ou melhor se o Estado e outros detentores de deveres cumpriram suas obrigações e se os procedimentos seguidos são consistentes com a abordagem de desenvolvimento baseada em direitos humanos.¹²³¹

Portanto, como destaca Cardia,¹²³² deve-se compreender o desenvolvimento de uma forma integrada, de modo a considerar todos os aspectos da vida humana, não somente o econômico. Já o direito ao desenvolvimento, acarreta um dever de cooperação, especialmente entre Estados, instituições públicas e privadas e os indivíduos, para a efetivação do desenvolvimento humano, de forma a conferir importância ao exercício concreto das liberdades fundamentais, direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, tais como a ausência de preferências, exclusão e apoio na complementaridade e indivisibilidade dos direitos humanos. Logo, a humanização do desenvolvimento confere-lhe “legitimidade política, arcabouço jusfilosófico e aceitação de tendência universal, dos quais o direito do desenvolvimento era desprovido”,¹²³³ quando abordado no campo meramente econômico. No ensinamento de Perrone-Moisés:¹²³⁴

[...] Na ‘era dos direitos’ (Norberto Bobbio), o desenvolvimento ganha força no contexto jurídico dos direitos humanos, enquanto os direitos humanos ampliam sua presença, por sua vez, no contexto global. A questão do desenvolvimento parece beneficiar-se com essa mudança, pois trata-se, para ela, de um ‘adensamento da juridicidade’ (Celso Lafer). [...]. Mas, ao ser incorporada aos direitos humanos (o indivíduo torna-se também titular do direito ao desenvolvimento), a questão do desenvolvimento encontra uma estrutura teórica e instrumental nova, o que requer sua adaptação.

¹²³¹ SENGUPTA, Arjun Kumar. Conceptualizing the right to development for the twenty-first century. *In: Realizing the right to development: essays in commemoration of 25 years of the united nations declaration on the right to development* (org.). New York and Geneva: United Nations, 2013. E-book. p. 67-87. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RightDevelopmentInteractive_EN.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

¹²³² CARDIA, Fernando. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. *In: AMARAL JUNIOR, Alberto (org.). Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005. p. 53-70.

¹²³³ CARDIA, Fernando. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. *In: AMARAL JUNIOR, Alberto (org.). Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005. p. 65.

¹²³⁴ PERRONE-MOISÉS, Claudia. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das nações unidas. *In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Claudia (org.). O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Edusp/Fapesp, 1999. p. 179-196.

Resta claro, então, que o desenvolvimento que se busca na atualidade é aquele voltado, primordialmente, para a distribuição da renda e a promoção do progresso humano, em todas as suas dimensões. Neste mesmo sentido, para Trindade,¹²³⁵ a admissão do direito ao desenvolvimento “[...] como um direito humano vieram a introduzir considerações éticas na condução e avaliação das relações internacionais contemporâneas e a revelar o vínculo inelutável entre o desenvolvimento e os direitos humanos”. Porém, o recente desafio em seu processo de humanização está na “[...] necessária concepção e evolução de alguma forma de institucionalização da implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano nos próximos anos”.

De uma maneira bem geral, como visto, na contemporaneidade adotou-se o direito em contexto internacional, e até mesmo regional, de proteção aos direitos humanos, edificado sob os augúrios da ONU. Entretanto, ainda hoje, as discussões “[...] dizem mais respeito aos obstáculos e aos mecanismos de implementação do direito ao desenvolvimento do que à sua existência, já reconhecida majoritariamente, inclusive como direito fundamental de terceira dimensão”.¹²³⁶

Neste ponto, adverte Veiga¹²³⁷ que “o desenvolvimento tem sido exceção histórica e não regra geral. Ele não é o resultado espontâneo da livre interação das forças de mercado”. Em vista disto, conveniente é ao desenvolvimento desprender-se de abstrações unicamente economicistas, que aspirem somente ao crescimento econômico, sem visar, necessariamente, à distribuição de renda e, com ela, à promoção do pleno desenvolvimento humano. Frente a isto, deve perseguir a construção de uma sociedade justa, equânime e libertadora, e não as migalhas do crescimento condensado em aumento da renda, pois, “num mundo de terríveis desigualdades, é um absurdo pretender que os ricos precisem se tornar ainda mais ricos para permitir que os necessitados se tornem um pouco menos necessitados”.

¹²³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. v. 2. p. 329.

¹²³⁶ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹²³⁷ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 80.

Por esta perspectiva, ganha relevo a teoria do desenvolvimento como liberdade, idealizada pelo professor e economista Amartya Kumar Sen, o qual imaginou a importância de um desenvolvimento voltado para a dignidade da pessoa humana, compreendendo-o como um processo incessante de expansão de capacidades, que está muito além do crescimento econômico e do acúmulo de renda e riqueza. Assim, passar-se-á, no próximo tópico, ao desafio de apresentar e entender as liberdades humanas como base do desenvolvimento, segundo o teórico indiano.

4.3 Direito ao desenvolvimento na concepção de Amartya Sen

Não há dúvidas de que a interação dos mercados, proporcionada pela globalização, refletiu diretamente no Estado, o qual escolheu uma postura de neutralidade frente à economia e interferiu apenas quando extremamente necessário, já que a ‘mão invisível’ preconizada por Adam Smith trataria de regular o mercado. Assim, a globalização, como fenômeno decorrente do capitalismo, impõe regras que colocam em xeque a vitória alcançada pelo reconhecimento dos direitos fundamentais e faz com que o Estado-nação se abstenha de agir, sob pena de não possuir elementos – econômicos – atraentes, em especial, para as empresas transnacionais.

Assim, os Estados agora se afastam uns dos outros, na direção do espaço global e, com isto, transferem ou abandonam – ao subsidiar e terceirizar para usar os jargões políticos – progressivamente, o exercício de muitas das funções que realizavam anteriormente. Tais funções deixadas pelo Estado, “[...] se tornam um playground para as forças do mercado, notoriamente volúveis e inerentemente imprevisíveis, e/ou são deixadas para a iniciativa privada e aos cuidados dos indivíduos”.¹²³⁸ Este fenômeno, por sua vez, enfraquece os alicerces da comunidade e, conseqüentemente, da solidariedade social, visto que, os “laços inter-humanos, [...], se tornam cada vez mais frágeis e reconhecidamente temporários”.¹²³⁹

De fato, o poder econômico exerce papel fundamental na atividade estatal, bem como no respeito, ou desrespeito, aos direitos humanos. O êxito alcançado outrora, pelo reconhecimento dos direitos sociais como necessários ao desenvolvimento da

¹²³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Tradução de: Liquid times: living in an age of uncertainty. p. 08.

¹²³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Tradução de: Liquid times: living in an age of uncertainty. p. 08-09.

dignidade humana, se esvai, na necessidade de aumentar os recursos financeiros daqueles que já detêm o poder econômico.¹²⁴⁰ Ao analisar o direito juntamente com a realidade social, principalmente a importância da economia na sociedade global, resta evidente que o desenvolvimento econômico, e não o crescimento, é o principal meio de garantir a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social.

Assim, as discussões sobre o desenvolvimento emergem, acima de tudo, do contexto político do segundo pós-guerra, em especial devido às tentativas de restauração das economias, enfraquecidas pelos custos do confronto ou, até, como uma explicação mitigadora para a pobreza que atingia os países denominados 'periféricos'. Sobretudo, no início da segunda metade do século passado, muitos foram aqueles que teorizaram sobre a compreensão do conceito de desenvolvimento, pois, "[...] foi apenas no período do pós-guerra que o desenvolvimento econômico tornou-se um forte campo de estudo específico dentro da ciência econômica".¹²⁴¹

Como se percebe, o termo desenvolvimento, principalmente num viés jurídico-humanista, alterou-se consideravelmente ao longo do último século, visto que deixou de ser notado unicamente como crescimento econômico e passou a ser entendido por meio de um conceito mais amplo e formado por componentes profundos e necessários, tais como a pobreza e a ausência de acesso a serviços sociais básicos. Porém, para além destes aspectos, que, muitas vezes, são imprecisos, existe uma outra condição primordial para compreender o desenvolvimento, ou seja, a liberdade, no sentido exposto por Amartya Kumar Sen,¹²⁴² que:

[...] ao se ocupar da temática do desenvolvimento – introduz uma nova ideia, que é a de desenvolvimento humano, que tem como alicerce a noção de liberdade substantiva. Com essa ideia, ele indicou uma nova maneira de se pensar o crescimento e o desenvolvimento dos países menos desenvolvidos, considerando como fundamentos principais desse novo modelo elementos como o homem, em sua condição de

¹²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 19-34, jan./mai. 1999.

¹²⁴¹ KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. **Revista de Economia Política**, v. 31, n. 3, p. 352-369, jul./set. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/zGZt8KxdRrY5NkphjHrZckb/?lang=pt&format=pdf>. Acesso: 07 jul. 2021.

¹²⁴² ABREU, Cesaltina. Amartya Sen: O autor e algumas das suas obras. **Revista Angolana de Sociologia**, Luanda, n. 9, p. 205-207, 2012. Disponível em: <http://journals.openedition.org/ras/484>. Acesso em: 07.06.2021. Amartya Kumar Sen é um economista, filósofo e professor indiano que, em 1998, ganhou o Prêmio Nobel de Economia por demonstrar, em sua vasta obra, preocupação com temáticas referentes a pobreza, fome, justiça, desigualdade social, ética e o desenvolvimento.

agente, suas capacidades para empreender mudanças significativas e, sobretudo, sua liberdade.¹²⁴³

Amartya Sen, ofereceu, então, frondosa contribuição ao campo de desenvolvimento, ao identificar a abordagem das capacitações “como alicerce essencial de uma visão de que as liberdades importam como instituições que abrem janelas de oportunidade para a promoção de capacidades nos indivíduos para alavancarem suas próprias trilhas de desenvolvimento”.¹²⁴⁴ Para Beltrame e Mattos:

A ‘abordagem das capacitações’ de Amartya Sen representa um importante marco no campo da teoria do Bem-Estar Social ao propor uma ampliação dos elementos a serem considerados na discussão de bem-estar e utilizados na avaliação de estados sociais alternativos – afastando-se do utilitarismo estreito que dominava as reflexões nessa esfera. Além de ter importantes implicações teóricas, essa ampliação do que ele denomina de ‘base informacional’ resultou em uma nova perspectiva no campo de políticas públicas, especialmente no combate à pobreza, à fome e à desigualdade. Por essas razões, a abordagem das capacitações representou uma tentativa bem sucedida de reintrodução de um posicionamento ético mais demarcado na agenda de discussões da Economia do Bem-Estar.¹²⁴⁵

Neste sentido, o professor indiano, ao usar uma linguagem clara e acessível, empreende uma reflexão sobre desenvolvimento, para além das versões restritivas, que o identifica somente como o crescimento do PIB, aumento das rendas individuais, industrialização, progresso das tecnologias ou modernização da sociedade. Porquanto, no desenvolvimento humano não seria adequado “[...] considerar apenas o crescimento do PNB¹²⁴⁶ ou de alguns outros indicadores de expansão econômica

¹²⁴³ COIMBRA, Fábio. **Liberdade e democracia: fundamentos e fins do desenvolvimento na perspectiva de Amartya Sen**. 2015. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar) – Programa de Pós-Graduação em Cultura e Sociedade, Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2015. Disponível em: <http://tedebc.ufma.br:8080/jspui/handle/tede/1513>. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹²⁴⁴ SENHORAS, Cândida Alzira Bentes de Magalhães; SENHORAS, Elói Martins. Desenvolvimento como liberdade e as duas décadas de Amartya Sen como Prêmio Nobel. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 18, p. 124, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista19/desenvolvimentoCandidaEloi.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

¹²⁴⁵ BELTRAME, Bruno; MATTOS, Laura Valladão. As críticas de Amartya Sen à teoria da escolha social de Kenneth Arrow. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 27, n.1, p. 66, 2017. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2790>. Acesso em: 11 jun. 2021.

¹²⁴⁶ A sigla significa Produto Nacional Bruto.

global. Precisamos também considerar o impacto da democracia e das liberdades políticas sobre a vida e as capacidades dos cidadãos”.¹²⁴⁷

Então, é possível dizer que desenvolvimento propicia “[...] a produção com adequada distribuição espacial e pessoal de renda, qualidade de vida com inclusão social e preservação ambiental e, por fim, participação social nos espaços públicos para a definição de políticas e o exercício da cidadania”.¹²⁴⁸ Segundo Comim,¹²⁴⁹ o autor oferece uma visão mais abrangente, ao focar nos fins do desenvolvimento e na eliminação das fontes de falta de liberdade, como a pobreza, a ausência de liberdade política ou falta de serviços públicos. Nesta sequência:

A escolha de Amartya Sen para a discussão do desenvolvimento humano se deu em razão desse autor ter desenvolvido, ao longo dos últimos anos, profundas reflexões acerca das liberdades humanas como bases do desenvolvimento. Esse economista indiano, [...], colaborou intensamente na criação do Índice de Desenvolvimento Humano, que tem a pretensão de ser uma medida geral e sintética, por mais que amplie a visão de desenvolvimento humano de forma a estimular a leitura do desenvolvimento sob outros aspectos.¹²⁵⁰

Conforme propõe Sen,¹²⁵¹ o desenvolvimento, numa perspectiva humana, “[...] consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”, ou melhor, deve-se observar o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais, das quais usufruem as pessoas, como, por exemplo, a chance de desfrutar de educação e saúde ou a liberdade de participação de discussões e averiguações públicas. Desta forma, “ver o desenvolvimento como expansão de

¹²⁴⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 199.

¹²⁴⁸ PIES, Marcelo. Democracia como condição do desenvolvimento em Amartya Sen. In: Mostra de Iniciação Científica e Extensão Comunitária, 7., 2013, Mostra de Pesquisa de Pós Graduação IMED, 6., 2013, Passo Fundo. **Anais Eletrônicos [...]**. Passo Fundo: IMED, 2013. p. 03. Disponível em: [https://www.imed.edu.br/Uploads/marcelinopies\(%C3%A1rea3\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/marcelinopies(%C3%A1rea3).pdf). Acesso em: 11 jun. 2021.

¹²⁴⁹ COMIM, Flavio Vasconcellos. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Publicação Independente, 2021. *E-book*.

¹²⁵⁰ KUNZ, Sidelmar Alves da Silva; ARAÚJO, Gilvan Charles Cerqueira de; VITORIANO, Helciclever Barros da Silva. A concepção de desenvolvimento humano como liberdade: diálogos com o espaço geográfico. **Revista Eletrônica Geoaraguaia**, Barra do Garças, v. 4, n.2, p. 181, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.cua.ufmt.br/geoaraguaia/index.php/geo/article/view/93>. Acesso em: 08 jun. 2021.

¹²⁵¹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 10.

liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante”.¹²⁵² Ou seja, “[...] requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade”.¹²⁵³

Nesta perspectiva, a liberdade não é simplesmente a finalidade do desenvolvimento, mas aquilo que ele proporciona. Em outras palavras, são as vantagens sociais concedidas à população em geral. A valer, o desenvolvimento deve associar-se à melhoria das condições de vida dos indivíduos e das liberdades que eles dispõem, o que envolve processos que permitem a expansão de liberdades de ações, decisões e de oportunidades reais para as pessoas, bem como, propicia que esses interajam socialmente, de forma a completar a interação com o mundo.¹²⁵⁴

Sen¹²⁵⁵ usa, também, a linguagem das liberdades, a fim de diferenciar dois papéis referentes da expansão do desenvolvimento, quais sejam, um que possui caráter constitutivo e que, por sua vez, alude às liberdades substantivas ou básicas e abrange, assim, capacidades elementares – como conseguir evitar a subnutrição, morte prematura, analfabetismo e participar da esfera política – e, um outro, de natureza instrumental, que contribui, conjuntamente, para a capacitação global de um indivíduo viver como deseja, como, por exemplo, as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de confiança recíproca e a segurança social protetora.

Portanto, os fins – com seu papel constitutivo – e os meios – de caráter instrumental – do desenvolvimento perpassam, na perspectiva do autor, pelas reais liberdades que podem os sujeitos apreciarem, sendo que as capacidades humanas precisam ser tomadas como centro das atenções, fortalecimento, sustentação e proteção – tanto pelo Estado, quanto pela sociedade –, visto que necessitam, basicamente, de incentivos econômicos, sociais e políticos. Em verdade, segundo as considerações do economista, devem as pessoas serem vistas “[...] como ativamente envolvidas – [...] – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento”.¹²⁵⁶

¹²⁵² SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta.

6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 16.

¹²⁵³ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta.

6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 16.

¹²⁵⁴ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta.

6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 16.

¹²⁵⁵ COMIM, Flávio Vasconcellos. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Publicação Independente, 2021. *E-book*.

¹²⁵⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta.

6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 77.

No mesmo sentido, em Evans,¹²⁵⁷ o desenvolvimento como liberdade, proposto por Amartya Sen, fundamenta-se numa expansão lógica das capacidades das pessoas em guiarem suas próprias vidas, valores e desejos com plena liberdade, de forma que a grande dificuldade do Estado não está, necessariamente, na amplificação da renda dos indivíduos – embora este seja um fator relevante –, mas sim em proporcionar serviços básicos, como educação, saúde e redes de proteção social, pois estes representam o próprio desenvolvimento humano, à medida que, também, possibilita a eliminação da opressão e marginalidade social, dentre outros fatores que ofuscam a construção livre de cada indivíduo e da coletividade.

Na sequência, o filósofo explica, detalhadamente, a abordagem das capacitações, ao apresentar – metaforicamente e com a intensão de identificar a justiça sob diferentes prismas – o dilema da escolha entre o utilitarismo, o libertarismo e a justiça de Rawls, o que lhe permite explorar variadas alternativas de justiça, apoiado na liberdade e comparadas as potencialidades das pessoas de agir conforme seus valores. Com base nestas doutrinas, Sen investiga seus méritos e limitações, a fim de comprovar que na perspectiva da alocação “[...] das políticas públicas e das preferências sociais não existe neutralidade ou situação de Pareto Ótimo, cabendo ao Estado liberal o papel estratégico como promotor da Justiça, ao ser garantidor de” derradeiro patamar das liberdades individuais.¹²⁵⁸

Neste enfoque, ao tratar do problema da miséria, Sen crítica as abordagens econômicas que se concentram somente na eficiência e pouco na equidade, ou seja, na renda – ou a sua insuficiência –, para avaliar como as pessoas estão, visto que o fator desigualdade de recursos não é o único para medir a escassez de aportes financeiros de uma pessoa ou comunidade, ainda que seja um dos mais importantes. Neste enfoque, visualiza-se a pobreza como um fator de privação das capacidades básicas da pessoa, o que leva à violação da sua liberdade, visto que uma vida pobre inibe a capacidade de os indivíduos conduzirem sua vida com bem-estar, ou seja, ter oportunidades e melhorias ligadas ao acesso à saúde, educação, emprego e,

¹²⁵⁷ EVANS, Peter. Collective capabilities, culture, and Amartya Sen's development as freedom. **Studies in Comparative International Development**, New York, v. 37, n. 2, p. 54-60, 2002. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/220629289>. Acesso em: 08 jun. 2021.

¹²⁵⁸ SENHORAS, Cândida Alzira Bentes de Magalhães; SENHORAS, Elói Martins. Desenvolvimento como liberdade e as duas décadas de Amartya Sen como Prêmio Nobel. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 18, p. 123-132, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista19/desenvolvimentoCandidaEloi.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

principalmente, a ferramentas que estimulem a erradicação da desigualdade de renda econômica.¹²⁵⁹

Para tanto, Sen propõe uma discussão sobre a importância dos mercados na vida econômica, ao reforçar a necessidade de examinar as atitudes político-econômicas na atualidade, na medida em que a promoção da equidade vai depender da ingerência das instituições – públicas e privadas – para proporcionar e assegurar aos cidadãos a expansão de serviços essenciais – como saúde, educação e seguridade social –, ou seja, um desenvolvimento como liberdade. Ainda que o Estado tenha “[...] papel importante na provisão desses bens, não somente por razões de equidade, mas também por questões de eficiência, já que se visto somente como um bem privado seria subofertado em relação às necessidades sociais”.¹²⁶⁰

Assim, o mercado econômico seria abrangente e benéfico, ao conduzir as pessoas ao desenvolvimento e à prosperidade, desde que a consciência racional dos custos ajude os órgãos produtivos a coordenar e compreender o desenvolvimento humano, bem como, contribua para a maximização da qualidade de vida dos indivíduos.¹²⁶¹ Sen¹²⁶² destaca, também, que a economia de mercado é favorável, porém, é importante elaborar condições diferentes das atuais, a fim de ajudar na geração de resultados mais equânimes, pois, “[...] o ponto central não é se um sistema em particular é melhor para todos do que nenhum sistema seria, mas se ele resulta numa divisão justa dos benefícios”.

Importante frisar, também, que o economista indiano afirma que outra questão essencial a influenciar o processo de desenvolvimento é o fortalecimento do sistema democrático, na medida em que existe uma relação íntima entre a democracia e o desenvolvimento, visto que a primeira é um componente que constitui o próprio desenvolvimento, pois aumenta a liberdade de escolha, de oportunidades de articulação e de participação das pessoas, além de contribuir, instrumentalmente, para

¹²⁵⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹²⁶⁰ COMIM, Flavio Vasconcellos. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Publicação Independente, 2021. *E-book*. p. 94.

¹²⁶¹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹²⁶² SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado. p. 25.

a construção de valores e normas de convivência social.¹²⁶³ Segundo as formulações de Sen, a democracia possibilita a sociedade uma dinâmica que garante a realização da liberdade e simbolizada, na esfera pública, uma condição substancial para o seu processo organizacional, mas é necessária, principalmente, para caracterizar um modelo de desenvolvimento.¹²⁶⁴

Outro desafio do desenvolvimento, no entendimento do autor, é que “[...] inclui a eliminação da privação persistente e endêmica [...]”¹²⁶⁵ da cruel realidade da miséria, que atormenta o planeta, conjuntamente com outras diferentes mazelas que assolam milhares de pessoas, como a privação de alimentação, a subnutrição e a fome generalizada. Sen revela, em suas análises, que os motivos reais de uma escassez generalizada de comida não estão ligados, especificamente, à produção mundial de alimentos, mas sim à performance de todo o sistema econômico de oferta e procura. Nesta ótica:

Amartya Sen expõe o paradoxal mundo contemporâneo que concilia prosperidades sem precedentes com o abominável acontecimento da fome mundial em suas diferentes formas – coletivas, endêmicas e em massa. Responsável pela morte de várias pessoas ao redor do mundo, a fome é um fenômeno global aceito e tolerado, sendo objeto de investigação a fim de demonstrar que sua solução é oriunda da promoção de mais liberdade, e não menos. [...]. Com base no diagnóstico de vários temas sociais que limitam o desenvolvimento das capacidades humanas, Amartya Sen identifica que há pouca base factual para o pessimismo em não se tentar mais a acabar com a miséria, motivo pelo qual apresenta uma discussão normativa de que políticas públicas realistas e pontuais são necessárias erradicar os terríveis problemas da fome e de outras crises transitórias no mundo, proporcionando assim meios para a promoção das capacidades humanas e por conseguinte o próprio desenvolvimento.¹²⁶⁶

O professor demonstra, igualmente, a relação existente entre o empoderamento feminino e a promoção do desenvolvimento humano. Para tanto, ele

¹²⁶³ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹²⁶⁴ ZAMBAM, Neuro José. Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.

¹²⁶⁵ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 243.

¹²⁶⁶ SENHORAS, Cândida Alzira Bentes de Magalhães; SENHORAS, Elói Martins. Desenvolvimento como liberdade e as duas décadas de Amartya Sen como Prêmio Nobel. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 18, p. 128-129, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista19/desenvolvimentoCandidaEloi.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

utiliza a distinção conceitual entre o bem-estar da mulher e a sua condição de agente, dado que, “[...] quando falamos em bem-estar ou qualidade de vida, não destacamos o quão importante é para as pessoas serem reconhecidas como senhores ou senhoras de suas próprias ações”. Assim, quando as mulheres possuem oportunidades e acesso a fatores decisivos, que incluem, por exemplo, a participação e liderança política, econômica e social, sem dúvidas, tem-se o processo de desenvolvimento – em muitos países contemporâneo – como liberdade.¹²⁶⁷

Amartya Sen observa, exclusivamente, o *status* estratégico adquirido pelos direitos humanos, no discurso internacional, posto que é, atualmente, uma temática fucral para impulsionar o desenvolvimento das pessoas, não obstante seja, inúmeras vezes, desvirtuado pelo ceticismo real e críticas culturais, de legitimidade e coerência. Nesta linha de pensamento,¹²⁶⁸ as opiniões contrárias mais notáveis ao arcabouço teórico-conceitual destes direitos referem-se, normalmente, sobre as liberdades básicas e estão associadas a sua essencial importância, em seu decorrente papel de oferecer incentivos políticos à segurança e economia, bem como, em sua função construtiva da origem de valores e prioridades, pois, “[...] reconhecer a diversidade presentes em distintas culturas se faz oportuno para que haja a liberdade e a tolerância quanto às questões ligadas aos direitos humanos”.

Na perspectiva do desenvolvimento como liberdade, Sen analisa, ceticamente, a possibilidade de o progresso de uma sociedade basear-se na razão, ao realizar, assim, uma releitura em relação à racionalidade econômica. Para tanto, o filósofo constrói – criticamente e com base na relevância dos valores e do raciocínio para a expansão das liberdades, bem como para realizar o desenvolvimento –, a possibilidade, ou não, de uma abordagem apoiar-se em escolhas sociais racionais, especialmente num contexto de informações limitadas. Continua o autor, ao vislumbrar que não há relação direta entre ações ou políticas intencionais e os resultados obtidos. Por fim, sustenta que o comportamento humano é restrito ao autointeresse,¹²⁶⁹ ao demonstrar que:

¹²⁶⁷ COMIM, Flavio Vasconcellos. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Publicação Independente, 2021. *E-book*.

¹²⁶⁸ LEAL, Marcia da Luz. Resenha do livro “desenvolvimento como liberdade” de Amartya Sen. **Revista Orbis Latina**, Foz do Iguaçu, v. 11, n. 01, p. 169, jan./jun. 2021. [Seção] Resenha. Resenha da obra de: SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/index.php/orbis>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹²⁶⁹ COMIM, Flavio Vasconcellos. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Publicação Independente, 2021. *E-book*.

[...] os seres humanos são irremediavelmente egoístas e movidos por interesses próprios, e, dada essa suposição, às vezes se afirmar que o único sistema capaz de funcionar com eficiência é exatamente a economia de mercado capitalista. [...] E os valores realmente tem uma influência muito abrangente sobre o comportamento dos indivíduos.¹²⁷⁰

Neste sentido, Sen propõe um alargamento, no âmbito informacional, para que, deste modo, as escolhas sociais racionais melhor se apoiem em bases sólidas, o que originaria, sem dúvidas, uma concepção de desenvolvimento fundamentado em métricas de qualidade. Por este ângulo, ele discorre, ainda, sobre a necessidade de discussões abertas, significativas e contemplativas, que garantam a existência de políticas públicas fortes, a liberdade de imprensa, uma escolaridade de excelência, a inclusão de pessoas socialmente excluídas, a independência econômica, dentre outras transformações sociais e econômicas, as quais, certamente, conduzirão os cidadãos à participação efetiva nas escolhas e mudanças sociais.

Em razão disto, descreve o economista, em defesa de uma abordagem específica do desenvolvimento, que o processo de expansão das liberdades básicas depende, igualmente, da ideia de que os próprios indivíduos têm o dever de se responsabilizar e mudar o mundo em que vivem, e “[...] que a responsabilidade individual se perpetua quando há o comprometimento, não puramente do Estado, mas de outras instituições, organizações políticas e sociais, públicas e privadas e outros agentes”.¹²⁷¹ Sen reconhece, com este posicionamento, “[...] que a responsabilidade social não pode substituir a responsabilidade individual, pois isso levaria a uma erosão da autonomia do indivíduo ajudado”.¹²⁷² Porquanto:

Como criaturas reflexivas temos a habilidade de contemplar as vidas dos outros. O nosso sentido de responsabilidade não precisa estar relacionado somente às aflições que o nosso próprio comportamento pode ter causado (embora isso possa também ser muito importante),

¹²⁷⁰ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 355-356.

¹²⁷¹ LEAL, Marcia da Luz. Resenha do livro “desenvolvimento como liberdade” de Amartya Sen. **Revista Orbis Latina**, Foz do Iguaçu, v. 11, n. 01, p. 170, jan./jun. 2021. [Seção] Resenha. Resenha da obra de: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/index.php/orbis>. Acesso em: 10 jun. 2021.

¹²⁷² COMIM, Flavio Vasconcellos. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Publicação Independente, 2021. *E-book*. p. 167.

mas pode estar relacionada de modo mais geral às misérias que nos cercam e que estão dentro de nosso poder ajudar a remediar.¹²⁷³

Afinal, Sen¹²⁷⁴, ao teorizar sobre o desenvolvimento como liberdade, explica a importância de que ele se volte para a dignidade da pessoa humana, ou seja, tendo a liberdade como principal fim. Apesar de a qualidade de vida humana muitas vezes soar como oposta ao crescimento econômico, ambos devem convergir no mesmo sentido, ou seja, devem estar a serviço da qualidade da vida humana.

O autor acima critica a visão de ‘desenvolvimento restrito’, qual seja, aquele “desenvolvimento com o crescimento do PIB (Produto Interno Bruto), com a produção, consumo e aumento de lucro contrariando, para isto grandes economistas defendem com ardor a industrialização, o avanço tecnológico e biotecnológico”.¹²⁷⁵ Sen discorda, ainda,¹²⁷⁶ do fato de que, para os defensores desta teoria, a pobreza e a miséria são condições inerentes à vida moderna. Para tal, esclarece o autor que a escassez de recursos normalmente convive com renda *per capita* elevada e PIB altíssimo; de outro norte, coexiste, também, com a baixa expectativa de vida das pessoas de determinadas localidades do globo.

À vista disto, Sen confirma a importância de se estimular as capacidades de cada indivíduo, na intenção de promover um desenvolvimento que compreenda uma melhor qualidade de vida das pessoas. Logo, merecem destaque as liberdades, contempladas pelo prisma dos direitos individuais, políticos e sociais, dado que constituem ponto central – como meio e fim – da teoria desenvolvimentista seniana. Sendo assim, para o economista, suprimir direitos e garantias basilares não se justifica em nenhuma circunstância, haja vista que nem mesmo os harmoniosos momentos de crescimento econômico podem suplantar o risco da desconsideração das necessidades básicas nos momentos de crise.

Nesse enfoque reside o entendimento de que o mero crescimento econômico de um Estado-nação não implica, necessariamente, no incremento das condições

¹²⁷³ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 359-360.

¹²⁷⁴ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹²⁷⁵ PEGORARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 152.

¹²⁷⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

para que seu o povo consiga, verdadeiramente, ser livre, mas sim, necessário se faz a compreensão de que investimentos sociais são fundamentais para que o progresso realmente impacte a vida de todos os membros dos grupos. Por conseguinte, não é essencial que uma nação seja rica para, a partir daí, se preocupar com o desenvolvimento humano dos seus cidadãos. Porém, precisa priorizar as capacidades individuais em quaisquer circunstâncias.

Deste modo, o direito ao desenvolvimento trata das matérias relativas à não discriminação, à participação, às medidas para o exercício do direito ao desenvolvimento, à justa distribuição dos benefícios, aos deveres da pessoa humana frente à comunidade, à ordem social e internacional, à soberania plena sobre todas as riquezas e recursos naturais, à promoção e observância dos direitos humanos, à unidade e indivisibilidade dos direitos humanos, à paz, à seguridade, ao desarme, à cooperação internacional, à situação da mulher, às injustiças sociais, aos direitos à educação, saúde, alimentação, moradia, emprego e à justa distribuição de riquezas.¹²⁷⁷

Por fim, é certo que o homem, em face sua inerente condição, é titular de direitos. Contudo, coloca-se uma questão acerca de sua efetividade, de seu real respeito, pois, como assevera Bobbio,¹²⁷⁸ “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento [...] mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

Amartya Sen, inclusive, tece assuntosa crítica à concretude e exigibilidade do direito ao desenvolvimento, enquanto direito fundamental, visto que “[...] os direitos humanos também se tornaram uma parte importante da literatura do desenvolvimento; porém, essa aparente vitória da ideia do uso dos direitos humanos coexistiria com um certo ceticismo real, [...]”,¹²⁷⁹ o que enseja que, qualquer *status* conferido a estes direitos só seriam possíveis “[...] por meio de pretensões que sejam sancionadas pelo Estado, como suprema autoridade legal”.¹²⁸⁰

¹²⁷⁷ VITA, Juan Alvarez. **Derecho al desarrollo**. Lima: Instituto Peruano de Derechos Humanos – Instituto InterAmericano de Derechos Humanos/Cultural Cuzco, 1988.

¹²⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti. p. 17.

¹²⁷⁹ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.71.

¹²⁸⁰ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.71.

Diante disto, ainda que a concepção desenvolvimentista lavrada por Sen seja bastante contemporânea e apesar da sua internacional compreensão como direito humano, a sua aplicabilidade – especialmente enquanto direito fundamental – ainda roga por evolução, no contexto nacional. Ou seja, a estrutura normativa brasileira, o que inclui a Constituição Federal de 1988, não faz “[...] menção ao direito ao desenvolvimento como um direito fundamental [no] sentido abrangente e inclusivo [...]”,¹²⁸¹ que trazem os documentos internacionais.

Então, observa-se, por oportuno, o reconhecido do direito ao desenvolvimento no âmbito interno do Estado brasileiro, ainda que a Constituição pátria não o tenha enunciado formalmente. Pois, certamente, o ponto central para o futuro do desenvolvimento será a sua implementação, principalmente, por meio da promoção estatal, com destaque para a constitucionalização da temática que será conspecta a seguir.

4.4 O direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988

Como observou-se, o direito ao desenvolvimento está devidamente legitimado no plano internacional dos direitos humanos, erigido pelas Nações Unidas. Outrossim, faz-se necessário, ainda, o seu alinhamento com a ordem interna do Estado brasileiro, pois, conforme relata Tawfeiq,¹²⁸² no âmbito internacional o direito ao desenvolvimento “[...] consagrou apenas valores universais básicos, a partir dos quais nunca é muito se pensar em sua expansão jurídico-normativa, o que também aponta na direção de uma maior densidade em relação ao conteúdo deste direito nos planos internos”.

Todavia, vale lembrar das lições de Comparato,¹²⁸³ o qual afirma não se vincular ao reconhecimento dos direitos humanos às condições exageradamente formais, os quais devem ser aceito, atualmente, em toda parte, visto que não deveria sua validade depender de declaração expressa em constituições, leis ou tratados internacionais,

¹²⁸¹ FACHIN, Melina Girard. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 179.

¹²⁸² TAWFEIQ, Reshad. **Direito ao desenvolvimento e agronegócio**: a inconstitucionalidade do modelo agrário brasileiro. 2019. p. 79. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2019. Disponível em: <https://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/3001>. Acesso em: 22 maio 2021.

¹²⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

pois são exigências necessárias ao cumprimento da dignidade humana e exercidos frente aos poderes estabelecidos. Então, uma vez que o direito ao desenvolvimento é um direito humano – de terceira geração – não seria necessário a declarada previsão no direito positivo interno a seu respeito.

De qualquer forma, o direito ao desenvolvimento não se encontra enunciado, expressamente, na Constituição Federal de 1988, pois, ao analisar toda a extensão da Magna Carta Federativa do Brasil, percebe-se, em sua composição, a carência de previsão manifesta do direito ao desenvolvimento, assim como aludido na Declaração aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. No entanto, em várias passagens existe referência a este direito, ainda que de maneira indireta ou implícita.¹²⁸⁴

Logo, “haja vista o alcance a delimitação desse direito humano ao desenvolvimento, que carrega em si o gérmen da emancipação, mister traçar a ponta do ordenamento internacional para o ordenamento pátrio para incluí-lo como direito fundamental”.¹²⁸⁵ Nota-se, contudo, a emergência de ressaltar “[...] o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental merecedor de proteção constitucional. É certo que o mero texto legislativo, ainda que constitucional, não possui condão de alterar imediatamente a realidade social”.¹²⁸⁶ Mas, o seu não reconhecimento como um direito essencial deixa à mercê do processo de desenvolvimento toda uma gama de indivíduos que, hodiernamente, vivem em situação de extrema miserabilidade.

Em todo caso, é aceitável, segundo a CF/88, considerar o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental, haja vista integrar o ordenamento pátrio, ainda que indiretamente. Conforme se nota, além dos direitos fundamentais expressamente definidos no Texto Maior, outros podem, ainda, assim caracterizar-se,

¹²⁸⁴ FREITAS, Juliana Rodrigues. Direito ao desenvolvimento à luz do sistema jurídico brasileiro. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (coord.). **Direito, políticas públicas e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2013. p. 173-190.

¹²⁸⁵ FACHIN, Melina Girard. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 192.

¹²⁸⁶ FACHIN, Melina Girard. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 193.

em consequência do princípio da não-taxatividade do rol constitucional.¹²⁸⁷ Tal princípio encontra embasamento no § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹²⁸⁸

Em razão disto, constata-se a existência de direitos e garantias fundamentais implícitos, pois, de acordo com Dimoulis e Martins, “a falta de garantia explícita de um direito na Constituição, não permite ao intérprete recorrer ao argumento a contrário, pois a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição é indicativa e não limitativa”.¹²⁸⁹ Isto porque o constituinte aderiu a um “[...] conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo artigo 5º, § 2º, da CF [que] aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais”.¹²⁹⁰ Em outras palavras:

[...] embora o direito ao desenvolvimento não esteja incluído de maneira *expressa* no Título II da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, nem tampouco tenha sido explicitamente mencionado em qualquer outro dispositivo constitucional, o *regime* e os *princípios* por ela adotados, bem como os *tratados internacionais* dos quais a República Federativa do Brasil é parte, permitem concluir no sentido da sua integração ao direito positivo brasileiro como um direito fundamental (grifos do autor).¹²⁹¹

¹²⁸⁷ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹²⁸⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹²⁸⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 47.

¹²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 57.

¹²⁹¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. p. 486. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

Desta maneira, observa-se a necessidade da utilização de uma interpretação sistemática, apoiada na cláusula de abertura material, prevista no artigo 5º, § 2º da CF/88, a qual possibilitará o reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito fundamental, ainda que não positivado no catálogo constitucional. Assim sendo, ao admitir juridicamente o valor humano do desenvolvimento, “[...] é preciso resgatar as fontes materiais e formais do direito, que permitem asseverar que os elementos indispensáveis para a configuração do desenvolvimento como um direito humano restam observados, nos planos da validade, eficiência e eficácia”.¹²⁹²

De todo o descrito até agora, vislumbra-se que, ainda que este direito não apareça incluso formalmente no artigo 5º da CF/88, citou-se o termo desenvolvimento, aproximadamente, 28 vezes¹²⁹³ em todo o seu texto, ao associá-lo, de modo direto, não só à ideia de crescimento econômico, mas a outras questões de natureza econômica, social, humanitária e culturais. Por isto, a sua percepção constitucionalmente, por vez, “é bastante complexa, pois o tema desenvolvimento é, como se viu, fundamental para a Constituição Federal de 1988, tendo sido dada normatividade ao termo, exigindo-se, dessa forma, o seu aprofundamento”.¹²⁹⁴

Porém, para Valle,¹²⁹⁵ a simples referência à palavra desenvolvimento não é, necessariamente, indício da existência dos atributos jurídicos de um direito. Por tal motivo, importa compreender o termo no contexto constitucional, a fim de permitir, com isso, que a orientação da política nacional e do desenho institucional tenha a função de alcançar um ambiente democrático, que possibilite a implementação de

¹²⁹² SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 181, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307>. Acesso em: 24 maio 2021.

¹²⁹³ VIEIRA, Osmar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46-58. FACHIN, Melina Girard. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, resignificação e emancipação**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6099>. Acesso em: 30 maio 2021. Para a autora o termo desenvolvimento aparece próximo de meia centena de vezes na CF/88.

¹²⁹⁴ HECKTHEUER, Pedro Abib; LOURENÇO, Bruna Borges Moreira. A efetivação dos direitos sociais como instrumento para o desenvolvimento na Constituição brasileira. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 14, n. 2, p. 381, 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 17 jun. 2021.

¹²⁹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

melhores condições econômicas, sociais e culturais para os sujeitos. Assim, a redação dos textos constitucionais, na época atual, se mostra como enunciados articulados de um projeto de sociedade voltada para a concretização do convívio comum desejado.

Nesse sentido, inicialmente fez-se referência ao desenvolvimento no próprio preâmbulo constitucional, o qual enuncia que o Estado democrático brasileiro se estabelece, a datar daquela Carta de Direitos, e se compromete, dentre outras finalidades, com a garantia do progresso da sociedade brasileira. Assim, assegura a importância do desenvolvimento para o constituinte originário, dado que inaugura o texto constitucional.¹²⁹⁶ Neste mesmo contexto, em Fachin, é “mister salientar que o preâmbulo da Carta Constitucional fixa o direito ao desenvolvimento como uma diretriz para a construção do Estado Democrático de Direito”.¹²⁹⁷ Todavia:

[...] ainda que a Constituição de 1988 reconheça em seu preâmbulo o direito ao desenvolvimento (como pilar para a construção do Estado Democrático de Direito), esse reconhecimento apresenta apenas o condão de traçar diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas, conforme estabelece a ADIN n. 2.076 do STF que identifica que o preâmbulo não apresenta força normativa.¹²⁹⁸

Mais adiante, ao relacionar os objetivos norteadores da República Federativa do Brasil, o constituinte reafirmou o desenvolvimento como um deles, ao evidenciar, com isto, a natureza da Constituição.¹²⁹⁹ Em vista disto, a Carta Maior é uma

¹²⁹⁶ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

¹²⁹⁷ FACHIN, Melina Girard. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível resignificação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 179-198.

¹²⁹⁸ SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 172, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307>. Acesso em: 24 maio 2021. ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 13, jul./set. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/498/r143-01.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 18 jun. 2021. O autor constata, igualmente, que: “[...] o Preâmbulo, em sua significação profunda, revela uma clara manifestação axiológica que se nutre das aspirações da sociedade. Sendo assim, todo o texto constitucional há que ser interpretado em íntima conexão com as ideologias perfiladas no Preâmbulo”.

¹²⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Conforme mostra o autor, existem Constituições estatutárias (ou orgânicas) e Constituições diretivas (ou programáticas, ou doutrinárias). As primeiras definem um estatuto do poder, um mero instrumento de governo, enunciadoras de competências e reguladoras de

constituição programática, uma vez que os princípios nela firmados como objetivos têm o dever de orientar toda a interpretação das normas constitucionais, bem como efetivá-los, por meio de ações dos órgãos públicos.¹³⁰⁰

Desta forma, constata-se que os objetivos anunciados no artigo 3º da Constituição “[...] devem nortear interpretação e aplicação das demais normas constitucionais, bem como da legislação infraconstitucional”¹³⁰¹ e instituir diretrizes indispensáveis às ações públicas, posto que existe o dever de efetivação pelos poderes constitucionalmente instituídos. Segundo Silva, o “[...] legislador constituinte, ao optar pelo desenvolvimento nacional como condição sine qua non de realização dos fins da República, delimita a interpretação dos dispositivos no bojo da CF/88”.¹³⁰²

Além do mais, ao considerar a existência de ligação entre as finalidades do Estado e os objetivos fundamentais da República, nada mais lógico que encontrar, no artigo 3º da CF/88, alusão ao desenvolvimento nacional, visto que “a fixação constitucional dos objetivos da República brasileira no artigo 3º da CF remete-nos ao problema fundamental da Teoria do Estado, ou seja, a questão dos fins do Estado”.¹³⁰³

Acentua-se que o dispositivo em destaque anuncia princípios constitucionais fundamentais e de caráter obrigatório, isto é, que são imperativos e conectam todos os poderes, órgãos, agentes estatais, detentores do poder econômico e social e a própria sociedade, no sentido de trabalharem para a sua concretização.¹³⁰⁴

Para Grau,¹³⁰⁵ trata-se de um princípio constitucional impositivo e de caráter constitucionalmente conformador, pois há um dever de o Estado promover medidas direcionadas a garantir o desenvolvimento nacional. De acordo com Bercovici, o Estado, para tanto, pautar-se-á em um amplo planejamento, onde o desenvolvimento

processos. Já as segundas formulam diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade.

¹³⁰⁰ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

¹³⁰¹ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 98.

¹³⁰² SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004. p. 128.

¹³⁰³ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 105.

¹³⁰⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹³⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

nacional seja a principal política pública, de forma a harmonizar-se com todas as demais. Reforça, ainda, que o artigo 3º é o fundamento reivindicador de um direito à criação de políticas públicas destinadas à concretização do conteúdo constitucional.¹³⁰⁶

Portanto, o desenvolvimento, não seria, assim, mais uma função necessária “[...] do planejamento e do dirigismo econômico, mas um objetivo a ser alcançado por um processo institucional dinâmico, assentado na mútua colaboração entre Estado e comunidade ou entre Estado e mercado”,¹³⁰⁷ que estabelece a condensação de esforços para a “[...] construção de uma estratégia de desenvolvimento que assegure níveis mais elevados de expansão do produto, da renda e do emprego, e contribua para reduzir os níveis de desigualdade e de pobreza”.¹³⁰⁸ Assim, seja qual for a performance assumida em ambiente nacional, ela deve determinar a permanente reflexão e ação sobre os meios e os fins que conduzem à concretização de políticas que libertem, plenamente, as capacitações dos cidadãos.

Da mesma maneira, importante destacar que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conjecturados no artigo 3º da CF/88, sejam interpretados como autênticas premissas, necessárias à integral deferência à dignidade da pessoa humana, e, desta forma, deve-se atentar e respeitar “[...] não só no plano jurídico, pela própria Constituição e pelas demais normas do direito positivo, mas, também, na esfera governamental e no agir individual e coletivo de todos aqueles que compõem a dimensão humana do Estado”.¹³⁰⁹

De fato, a efetivação da dignidade da pessoa humana exige a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem

¹³⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹³⁰⁷ SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David Max. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David Max. (org.). **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44.

¹³⁰⁸ NÓBREGA, Mailson. A saída é consolidar o sistema capitalista. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (org.). **Sociedade e economia**: estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2009. p. 169-182.

¹³⁰⁹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. p. 488. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; bem como a garantia do desenvolvimento nacional.¹³¹⁰ Logo, todos estes objetivos fundamentais relacionam-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, elemento que sugere, de forma “segura que a noção constitucional de desenvolvimento nacional deve se alinhar plenamente à idéia de desenvolvimento humano que serve de alicerce ao direito ao desenvolvimento”.¹³¹¹ No entanto:

O artigo 3º da CF/88, por sua vez, não determina quais os contornos do desenvolvimento almejado pelo constituinte originário, ou ainda, quais os instrumentos para efetivá-lo e como os cidadãos podem exigir o seu cumprimento. Desta forma, os demais dispositivos constitucionais podem auxiliar na análise de quais valores o legislador considera relevantes neste processo de busca do desenvolvimento.¹³¹²

Sendo assim, este direito se faz presente na CF/88, por exemplo, quando se estabelece limites para a atuação ou não do Estado, na realização de ações voltadas à satisfação das necessidades públicas e, também, ao dispor sobre prerrogativas específicas das condições de vida digna para os brasileiros. Neste sentido, interessante é o ponto de vista de Britto,¹³¹³ ao considerar o desenvolvimento, dentre outros princípios, para a administração e conquista da justiça na sociedade:

[...] a justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na

¹³¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹³¹¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. p. 488-489. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹³¹² LOCATELLI, Liliansa. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 98.

¹³¹³ BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus n. 107082 Rio Grande do Sul**. Habeas Corpus. Crime de Tentativa de Furto Agravado. Paciente Reincidente Específico. Diretivas de Aplicação do Princípio da Insignificância. Justiça material. Ponderabilidade no Juízo de Adequação Típica de Condutas Formalmente Criminosas. Significância Penal. Conceito Constitucional. Ordem Denegada. 1. A normal legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, [...]. Paciente: Hélio Matos Martins, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto, 25 de Abril de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21535530/habeas-corpus-hc-107082-rs>. Acesso em: 22 jun. 2021.

historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, etc.). Daí que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo quantum de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer) [...]. É possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e para a própria vítima. Em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa. 5. Ao prever, por exemplo, a categoria de infrações de menor potencial ofensivo (inciso I do art. 98), a Constituição Federal logicamente nega a significância penal de tudo que ficar aquém desse potencial, de logo rotulado de “menor”; ou seja, quando a Constituição Federal concebe a categoria das infrações de menor potencial ofensivo, parece mesmo que o faz na perspectiva de uma conduta atenuadamente danosa para a vítima e a sociedade, é certo, mas ainda assim em grau suficiente de lesividade para justificar uma reação estatal punitiva. Pelo que estabelece um vínculo operacional direto entre o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, por menor que seja, e a necessidade de uma resposta punitiva do Estado [...].

Nesta linha de raciocínio, o constituinte originário idealizou, interdisciplinarmente, diversos dispositivos de ordem social, política e econômica, que identificam e categorizam, na Carta Maior, vários sentidos do direito ao desenvolvimento. Porém, ainda que o desenvolvimento desponte, autonomamente, na reflexão constitucional, na maioria das vezes, ele aparece ligado ao crescimento econômico e regional do país. Isto posto, conforme anuncia Bercovici,¹³¹⁴ “a Constituição de 1988 contém em seu texto as bases de um projeto nacional de desenvolvimento, em que torna possível a reestruturação do Estado brasileiro para conduzir as transformações sociais necessárias para [...]” ultrapassar o subdesenvolvimento.

Para isto, existe um elemento social no processo desenvolvimentista, configurado na progressiva obtenção da igualdade de condições indispensáveis à vida, ou seja, a realização, para todos, dos direitos humanos de natureza econômica, social e cultural, a exemplo do direito ao trabalho, do direito à educação, do direito à seguridade social, do direito à moradia e do direito de usufruir de bens culturais. Vale

¹³¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 09.

ressaltar que o desenvolvimento pleno contém, também, um elemento político, “[...] que é a chave de abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício”.¹³¹⁵

Diante disto, a ordem política constitucional, por meio da proclamação de um Estado Democrático de Direito, instituiu a participação popular para a escolha de seus representantes e de seu regime de governo. Ou seja, mediante o estabelecimento de uma ordem política – soberania popular e democracia representativa –, a sociedade pode controlar, ainda que indiretamente, a atuação dos poderes públicos.¹³¹⁶ Em razão disto, observa-se, aqui, uma liberdade essencial, apresentada por Sen, a qual é fundamental ao processo de desenvolvimento. Ou melhor, a democracia assume papel instrumental e imprescindível na ponderação das necessidades dos indivíduos, bem como, em sua assunção ao papel de agente de desenvolvimento.¹³¹⁷ Conforme se nota, são nítidos e variados os instrumentos e vantagens constitucionais que possibilitam a atuação dos cidadãos na sociedade brasileira.

Contudo, a ignorância dos direitos e a limitação da iniciativa popular obstaculizam a efetividade do sistema democrático. Por conseguinte, o que falta ao Brasil, em termos de liberdades políticas, é dar efetividade às normas e prerrogativas existentes, ou seja, que o cidadão assuma seu papel de agente ativo e utilize-se dos meios democráticos de participação ativa no cotidiano democrático.¹³¹⁸

Já na ordem social, especialmente no artigo 193 da Constituição Federal de 1988, adotou-se como base o trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Para isto, o Estado deverá ser o agente responsável por planejar políticas sociais que, na forma da lei, promovam a atuação da sociedade, nos processos de formulação,

¹³¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 108.

¹³¹⁶ LOCATELLI, Liliansa. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

¹³¹⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹³¹⁸ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2007, Manaus, **Anais Eletrônicos** [...], Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 6963. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

monitoramento, controle e de avaliação destas políticas.¹³¹⁹ Assim, o constituinte originário atentou-se para direitos como a saúde, previdência, assistência social, educação, entre outros, ao estabelecer as garantias fundamentais sociais dos brasileiros.¹³²⁰

Entretanto, a grande problemática que se configura no cumprimento desta liberdade instrumental concentra-se, sobretudo, na falta de efetividade destas normas constitucionais. Desta forma, as causas que, normalmente, são apontadas para a sua não efetivação referem-se à “[...] falta de recursos econômicos do Estado; corrupção e desvio de verbas públicas conciliado com a falta de exercício do controle popular; e a falta de vontade política no momento de estabelecer as políticas públicas [...]” ou desempenhá-las.¹³²¹

Quanto à ordem econômica – ou Constituição Econômica –,¹³²² a CF/88 apresentou algumas orientações básicas e gerais, capazes de fundamentar diversos planos práticos de ação.¹³²³ Neste sentido, para Scott,¹³²⁴ a Carta de Direitos brasileira incluiu em seu bojo ideologias variadas, algumas liberais e outras socialistas, com o propósito de dirimir as opressões sociais e econômicas resultantes do antigo regime liberal, especialmente, ao visualizar a possibilidade de um justo desenvolvimento sócio-econômico.

Evidencia, também, que o sistema econômico capitalista adotado pela Magna Carta caracteriza-se pela livre iniciativa, liberdade de contratar, livre concorrência e a propriedade privada, as quais descrevem o sistema de mercado no Brasil, visto que, ao compreender todas estas características, fica claro o sentido do artigo 219 da

¹³¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹³²⁰ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

¹³²¹ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 99.

¹³²² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. O autor destaca que “a ideia de Constituição Econômica ganhou corpo na doutrina alemã, a partir da consideração do quanto dispôs a Constituição de Weimar a respeito da vida econômica”.

¹³²³ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

¹³²⁴ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômica**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CF/88, ou seja, “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, [...]”, são elementos que expressam o liberalismo econômico.¹³²⁵

Sob a mesma perspectiva, salienta-se, ainda, que o padrão capitalista constitucional demonstra que a Carta Magna se volta, também, para a edificação de um Estado Social, o que possibilita a atuação normativa e reguladora do ente público na atividade econômica.¹³²⁶ Desta forma, conforme afirma Grau,¹³²⁷ “a ordem econômica na Constituição de 1988 [...] postula um modelo de bem-estar”, indicado, sistematicamente, nos artigos 1º, 2º, 3º e 170 da CF/88.

Com isto, resta evidente, ao observar os artigos 170 a 181 da CF/88, os quais tratam da Ordem Econômica e Financeira, que estes “[...] delimitam os limites de atuação estatal na economia, bem como os fins que devem ser priorizados”.¹³²⁸ Convém, desta feita, ponderar aqui que existem outros princípios contidos nos dispositivos constitucionais que cuidam desta mesma ordem. Assim, para Locatelli,¹³²⁹ de um modo geral, são eles:

- a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) liberdade de associação profissional ou sindical – (art. 8) – e garantia do direito de greve – (art. 9); c) a integração do mercado interno ao patrimônio nacional – (art. 219); d) desenvolvimento nacional – (art. 3); e) sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social – (art. 170, caput); f) dignidade da pessoa humana – como fundamento da República (art. 1º, III) e da ordem econômica (art. 170, caput); g) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – fundamento da República (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, caput); h) erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais – objetivos fundamentais (art. 3º, III) – a redução das desigualdades – princípio da ordem econômica (art.

¹³²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹³²⁶ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômica: estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

¹³²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 313.

¹³²⁸ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 15., 2007, Manaus, **Anais Eletrônicos** [...], Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 6966. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

¹³²⁹ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005. p. 102.

170, VII); i) princípios dos incisos do artigo 170: soberana nacional, propriedade e sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente (sustentabilidade), redução de desigualdade regionais e sociais (desenvolvimento equilibrado), busca de pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; j) intervenção nos limites da lei – (art. 174). Vislumbram-se aqui dois papéis do Estado: como agente normativo e regulador da atividade econômica, com três funções que efetivam estes papéis: fiscalização, incentivo e planejamento.

Como se vê, os desígnios acima descritos compõem, igualmente, a Constituição Econômica, pois precisam interagir com as outras normas infraconstitucionais e, nesta linha, orientar as políticas públicas nacionais, assim como direcionar toda a econômica do país, ao agir como delimitação para a atividade estatal. Por isto, como aduz o artigo 170 da CF/88, a ordem econômica brasileira se alicerça, prioritariamente, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de garantir a todos os indivíduos uma existência digna, segundo as regras de justiça social, bem como, outros comandos constitucionais.¹³³⁰

Grau,¹³³¹ da mesma maneira, sugere a leitura do dispositivo constitucional acima no sentido de que as atividades econômicas “[...] deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social [...]”. Com efeito, Silva¹³³² esclarece que o fundamento e a natureza da ordem econômica estabelecida pela Carta Política de 1988, trata-se, principalmente, da consagração de uma economia de mercado, de natureza capitalista, já que a iniciativa privada é um princípio basilar da ordem capitalista. Porém, “[...] embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.

Ademais, entende o autor¹³³³ que Constituição de 1988 abriu passagem para as mudanças da sociedade, a partir de instrumentos e mecanismos sociais e

¹³³⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹³³¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

¹³³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 800.

¹³³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

populares que ela mesma consagrou. Além do mais, compreende que a liberdade de iniciativa econômica somente seria positiva quando praticada no interesse da justiça social, “isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”.¹³³⁴

Logo, “[...] não se pode tomar o sentido da livre iniciativa na Constituição como síntese do princípio básico do liberalismo econômico ou da liberdade de desenvolvimento da empresa, tão somente”,¹³³⁵ pois, também, vincula-se ao trabalho, ou seja, “[...] é que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Júnior – em uma sociedade livre e pluralista”.¹³³⁶

Outra fundamentação da ordem econômica, prevista no artigo 170 da CF/88, resulta em valorizar o trabalho humano, o qual, mesclado com o princípio capitalista da livre iniciativa, importa em conferir ao trabalho e aos trabalhadores tratamento peculiar, de forma a conceder-lhe proteção não meramente autrúita, mas politicamente racional. Isto posto, a dignificação do trabalho e o seu reconhecimento social constitui, em Grau,¹³³⁷ cláusulas principiológicas transformadoras, posto que expõem a sua grandeza, frente à estrutura da ordem econômica, e poderão ser, destarte, compelidos pela força do regime político, a estabelecer mudanças de orientação para uma ordem econômica ideal.

Rister¹³³⁸ aponta para a concretização deste princípio de maneiras variadas, ou seja, por intermédio da observância das normas consagradas como direitos sociais dos trabalhadores, previstas no artigo 7º da Constituição de 1988. Ou mediante o correto funcionamento da Justiça Trabalhista (art. 114 da CF/88), pelo respeito ao direito à livre associação profissional ou sindical (art. 8º da CF/88), pelo direito de

¹³³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 202.

¹³³⁵ TAWFEIQ, Reshad. **Direito ao desenvolvimento e agronegócio**: a inconstitucionalidade do modelo agrário brasileiro. 2019. p. 104. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2019. Disponível em: <https://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/3001>. Acesso em: 22 maio 2021.

¹³³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 208.

¹³³⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹³³⁸ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

greve (art. 9º da CF/88), pela gestão da Seguridade Social, pela educação para o trabalho, pela possibilidade do pleno emprego (art. 7º, VIII, da CF/88), somente para citar algumas possibilidades de efetivação deste valor transformador da sociedade.

Por fim, conforme se aferiu, a existência digna e a justiça social são tidas, também, como os fins supremos da ordem econômica, visto que são referências instrumentais para a promoção da dignidade humana. Isto posto, carece de completa organização e impulso, de modo a auxiliar na concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil e, com eles, o desenvolvimento humano nacional. Portanto, nas palavras de Tawfeiq:

[...] se a ordem econômica deve ser dinamizada em vista da promoção da existência digna de que todos devem gozar, afere-se que a dignidade da pessoa humana comparece na Constituição de 1988 como princípio político constitucional conformador (art. 1º, inc. IV) e também, no art. 170, como princípio constitucional impositivo (de acordo com Canotilho) ou diretriz (de acordo com Dworkin), ou, ainda, como norma-objetivo, conforme assinala Eros Grau (2018).

Nesta linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana, concebida constitucionalmente como princípio unificador dos direitos fundamentais, obriga, também, a um reconhecimento valorativo, que leve em conta seu vasto sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer, a priori, do homem. Ou seja, não se pode reduzir a percepção de dignidade humana tão somente “[...] à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais”.¹³³⁹ Ou melhor, a dignidade da pessoa humana deve ser dimensionada para além da esfera individual, de forma a agregar, identicamente, uma dimensão social de direitos.

Já a justiça social, ainda que em termos constitucionais não designe uma espécie de justiça, mas uma de suas bases ideológicas, significa, de pronto, a superação das injustiças, em nível individual, na repartição do produto econômico.¹³⁴⁰ Contudo, posteriormente, referem à participação do produto econômico em nível macroeconômico, ou seja, “[...] as correções na injustiça da repartição deixam de ser

¹³³⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 70.

¹³⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

apenas imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”.¹³⁴¹

No mesmo sentido, um regime de justiça social será aquele em que cada pessoa dispõe de meios materiais suficientes para viver dignamente, de acordo com suas necessidades físicas, espirituais e políticas, o que não aceita desigualdades, pobreza absoluta e miséria. Entretanto, a existência constitucional dos direitos sociais, “[...] como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve, até aqui, a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas”.¹³⁴²

Sequencialmente, convém mencionar que, além dos ditames constitucionais mencionados como fundamentais à ordem econômica, esta baseia-se, ainda, em outros princípios, dispostos, principalmente, no artigo 170, CF/88, tais como:

I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.¹³⁴³

Então, o que resta evidente, até aqui, é que a Magna Carta adotou, em sua ordem econômica, um sistema de mercado, ou seja, um modelo econômico capitalista que prioriza princípios como a livre iniciativa, a liberdade de contratar, a livre concorrência e a propriedade privada. No entanto, volta-se, igualmente, para a edificação de um modelo de Estado Social, visto que valorizou o trabalho humano e a justiça social, ao preocupar-se, da mesma forma, com a redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, marginalização e busca plena pelo emprego.¹³⁴⁴

¹³⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 230.

¹³⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 801-802.

¹³⁴³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹³⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Porém, com a intensão de galgar tais objetivos, o legislador originário concebeu o Estado como interventor na economia, não somente como participante, mas sim como regulador. Assim, o Estado tem a função, primeiro, de fiscalizar o desempenho da iniciativa privada, em relação ao cumprimento dos princípios informadores da ordem econômica, segundo, de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas, por meio da concessão de benefícios e, por fim, de planejar os principais instrumentos a serem utilizados para executar, de forma concreta, os os objetivos constitucionalmente instituídos.¹³⁴⁵

Logo, diante dos cânones que regem toda e qualquer atividade econômica – pública ou privada – em âmbito nacional, percebe-se que a CF/88 rejeitou, também, a concepção simplória de desenvolvimento como mero crescimento econômico, e arquitetou uma noção de desenvolvimento humanizado, ainda que não utilize o termo explicitamente, “o que se afere pela tutela constitucional de dimensões que estão para além do aspecto meramente econômico ou da busca de resultados econômicos sem qualquer preocupação com outros aspectos da vida”.¹³⁴⁶

Sob este pensamento, “[...] o desenvolvimento observado apenas sob o prisma econômico é altamente prejudicial à pessoa humana [...]”. É necessário, pois, observar todos “os aspectos sociais, econômicos, jurídicos e éticos que integram o desenvolvimento, e não apenas o crescimento econômico”.¹³⁴⁷ Porém, na atualidade, de acordo com Buffon,¹³⁴⁸ existe um tipo de barreira ideológica propositalmente “assimilada no sentido de se ver e analisar o mundo tão-somente a partir da lógica dos mercados, deixando-se à margem aspectos intrinsecamente relacionados com as próprias condições de coexistência coletiva”.

Assim, ainda que pese, na ótica constitucional, o componente econômico, o direito ao desenvolvimento não se resume a ele, pois esta perspectiva abrange

¹³⁴⁵ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

¹³⁴⁶ TAWFEIQ, Reshad. **Direito ao desenvolvimento e agronegócio**: a inconstitucionalidade do modelo agrário brasileiro. 2019. p. 107. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2019. Disponível em: <https://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/3001>. Acesso em: 22 maio 2021.

¹³⁴⁷ LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 86.

¹³⁴⁸ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

somente uma parcela, já que, ao reiterar as reflexões de Sen,¹³⁴⁹ o desenvolvimento deve transcender à necessidade de aumento da riqueza nacional. Na mesma convergência, Perrone-Moisés¹³⁵⁰ realça que o direito ao desenvolvimento, apesar de ser uma definição antiga, integra outros preceitos, que vão além do elemento simplesmente econômico, “[...] pressupondo uma aproximação integrada (econômica e social) e uma ação global”.

Aclara, ainda mais, Perrone-Moisés,¹³⁵¹ ao assinalar que “o direito do desenvolvimento deveria servir de instrumento para atingir o direito ao desenvolvimento”. Isto é, nesta ordem de ideias, o constituinte agrupou um complexo instrumental de mudanças econômicas, sociais e, porque não, políticas, com a finalidade de promover o direito ao desenvolvimento. Assim, dada à manifesta posição constitucional da matéria, ou seja, fora do rol dos direitos e das garantias fundamentais, isto fica transparente.

Neste sentido, tem-se que a ordem econômica, social e política, assim como o direito ao desenvolvimento, não são bastantes em si mesmos. Contudo, são meios – ou instrumentos – para se alcançar o tão desejado desenvolvimento humano. Assim, passar-se-á, agora, ao estudo da instrumentalidade do direito ao desenvolvimento.

4.5 Característica instrumental do direito ao desenvolvimento

Não há dúvidas de que, atualmente, identificam o direito ao desenvolvimento, como um direito humano, “[...] interdependente e indivisível em relação aos demais direitos e ao mesmo tempo um direito inalienável do ser humano e de todos os povos. Um direito que tem base na justiça social, na igualdade, na liberdade e na cooperação” entre pessoas e nações.¹³⁵² Nesta perspectiva, a ilusão simplista de desenvolvimento como mero crescimento econômico cedeu lugar a uma redefinição, com essência humanista e inserida em diferentes ordens jurídico-legislativas internas, em especial

¹³⁴⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹³⁵⁰ PERRONE-MOISÉS, Claudia. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 49.

¹³⁵¹ PERRONE-MOISÉS, Claudia. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 49.

¹³⁵² SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; CECATO, Maria Aurea Baroni. Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 104, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/4145>. Acesso em: 29 jun. 2021.

devido à anuência do Brasil às declarações internacionais, que se destinam a promover o direito ao desenvolvimento.

Em vista disto, o desenvolvimento, como um direito que despontou, inicialmente, como um ideal para desencadear a valorização do ser humano, lançou-se como parâmetro de dignidade e de qualidade de vida de todos os indivíduos, “[...] incorporando um conjunto de métodos e preocupações novos, tal como a definição e mensuração da pobreza, da miséria ou extrema pobreza”.¹³⁵³ Assim, foi “[...] nesse contexto que a ideia de que o crescimento e a eficiência econômica não são fins em si mesmos começou a tomar corpo, podendo tanto uma quanto outra ser mais bem descritas como meios para alcançar o desenvolvimento”.¹³⁵⁴

Apesar de tais fatos, a novel compreensão do desenvolvimento e do direito a ele não impossibilitou a manutenção dos padrões de crescimento econômico, devido a sua importância na distribuição de vantagens à comunidade, bem como pela expectativa de colaborarem com a diminuição da pobreza, ao passo que se apresentem como defensáveis. Persiste, desta maneira, a correlação entre um modelo humano de desenvolvimento e de crescimento econômico, em virtude da proteção e do respeito, conferidos à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades e injustiças sociais.¹³⁵⁵

De fato, não há que se falar em respeito à dignidade da pessoa humana se não houver recursos financeiros para tanto. Desta forma, deve-se encarar o desenvolvimento e o crescimento econômico como direitos humanos, a fim de que a economia se volte ao bem-estar do indivíduo, mas, também, da coletividade. Em outras palavras, esta reorganização nada mais é que o processo de ampliação das liberdades humanas, compromissada com a melhora das condições e qualidade de vida das pessoas.

Deve-se destacar, entretanto, conforme vislumbra Nusdeo,¹³⁵⁶ que a ideia de desenvolvimento comporta um processo que vai muito além do estímulo e aumento da renda *per capita* em determinado período, mas, apresenta-se como um indicativo

¹³⁵³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

¹³⁵⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

¹³⁵⁵ SACHS, Jeffrey David. **O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos**. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia de letras, 2005.

¹³⁵⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

modificador de situações qualitativa e quantitativa, fomentador de alteração estrutural da economia e, com ela, da sociedade. Pois, ainda que representado por grandezas quantitativas, há necessidade de se ter presente referências qualitativas, visto que são indissociáveis.

Portanto, esta nova manifestação do desenvolvimento admite variadas e diversificadas contribuições para a edificação de seus alicerces científicos e instrumentais, uma vez que envolve a cooperação entre o Estado e os demais agentes econômicos, o que possibilita a convivência das esferas econômica, social e humana com o crescimento econômico, de modo a estabelecer a proteção e a garantia do bem-estar e da inclusão social para todos. Em Fachin,¹³⁵⁷ caracterizar o direito ao desenvolvimento implica em identificar seu caráter, primeiro, transindividual, destinado aos agentes estatais e outros de mesma paridade e, segundo, individual, dirigido a um substrato mínimo de liberdade real, a nortear uma existência digna e autodeterminada como pessoa. Em complementação, para Soares:¹³⁵⁸

[...] o estabelecimento de medidas que garantissem o desenvolvimento econômico e uma justa e equitativa distribuição de riquezas, [...], pautada na perspectiva dos direitos humanos, construiu um conjunto de abordagens, direitos, valores e mecanismos próprios para tratar do desenvolvimento como direito do ser humano e de cada povo.

No entanto, a estruturação do direito ao desenvolvimento está arraigada, principalmente, no necessário envolvimento de todos os indivíduos “[...] em todos os processos que levam ao desenvolvimento, sendo, em última análise, a inclusão de todos em todas as dimensões do desenvolvimento”.¹³⁵⁹ Assim, compreender este direito é, também, “[...] questionar suas reais possibilidades de implementação por

¹³⁵⁷ FACHIN, Melina Girard. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 179-198.

¹³⁵⁸ SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 469.

¹³⁵⁹ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; CECATO, Maria Aurea Baroni. Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 104, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/4145>. Acesso em: 29 jun. 2021.

meio de políticas e a sua potencial sindicalidade por meio da adjudicação pelos seus titulares”.¹³⁶⁰

Enquanto direito humano, contemporaneamente, o desenvolvimento enquadra-se, também, num “[...] processo de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade”,¹³⁶¹ o qual, para se materializar, precisa de acesso a um complexo de políticas sociais, econômicas e culturais, não sendo, por isto, uma prestação verificável de imediato ou que possa ser solicitada, especificamente, pelo sujeito titular, embora sua composição variável permita diversas prestações singulares, que, dissociadas das políticas gerais, podem, plenamente, ser requeridas pelo formato do direito subjetivo.¹³⁶²

Por causa disto, é necessário assimilar que o direito ao desenvolvimento é composto, ademais, por uma dimensão objetiva, ou seja, a que o consagra como uma “[...] princípio ou valor que pode ser concretizado em maior ou menor grau por meio de políticas públicas, de caráter social ou econômico, derivadas de instituições públicas e privadas, nacionais e internacionais”.¹³⁶³ Vislumbra-se que o desenvolvimento postula por uma integração de direitos, que percorra, em particular, os planos econômico-sociais e político-democrático, de forma a convocar os Estados, em âmbitos interno e internacional, a agirem no sentido de promover a igualdade de acesso e oportunidades de recursos básicos a todos.

Diante disto, impõe-se ao Estado, em última instância, o derradeiro dever de garantir o bem-estar dos cidadãos, além de se consolidar, definitivamente, como parceiro colaborativo do processo humano desenvolvimentista. Nesta seara, conveniente é a visão de Sen¹³⁶⁴ ao corroborar, na esfera da coerência, a necessidade

¹³⁶⁰ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos: delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 159.

¹³⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 100.

¹³⁶² CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos: delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 153-178.

¹³⁶³ CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos: delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 159.

¹³⁶⁴ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

de se estabelecer de quem é o dever relativo de afirmar o exercício do direito ao desenvolvimento. Sendo assim, a sua pretensão, muito embora não seja incumbência específica de nenhuma pessoa, pode dirigir-se a todos aqueles que tiverem condições de ajudar e, com isto, assegurar que os indivíduos usufruam de seus direitos.

Então, num cenário de cooperação, para Rister,¹³⁶⁵ o Estado teria o papel de assegurar as capacidades humanas, mas não a função de provê-las com exclusividade. Portanto, garantir e fortalecer as múltiplas liberdades requer, na visão da autora, uma pluralidade “[...] de instituições, como sistemas democráticos, mecanismos legais, estruturas de mercado, provisão de serviços de educação e saúde, facilidades para mídia e outros tipos de comunicação etc”. Ademais, todas estas organizações agregariam iniciativas privadas, além das atitudes públicas, ou seja, estruturas mais mescladas, como organismos não-governamentais e sociedades cooperativas.

Assim, como, em tempo, refletiu Furtado,¹³⁶⁶ de um lado, ao Estado atribuí-se a incumbência objetiva de sustentar o direito subjetivo de seus cidadãos desenvolverem-se, de outro, é ele, também, o fomentador do desenvolvimento, de forma a deixar o mercado acomodado na posição de um coadjuvante neste processo de colaboração. No mesmo sentido:

[...] se se admite que o processo de desenvolvimento não se dá naturalmente pelo livre jogo das forças de mercado, mas deve ser planejado e dirigido pelos Poderes Públicos com a participação de todo o povo, pode parecer óbvio que o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, primariamente, contra o Estado, entendido como o conjunto dos órgãos de governo.¹³⁶⁷

Logo, caberia ao Estado, neste caso, rever seus tradicionais arranjos de poder, a fim de, em justa medida, interceder em sua esfera organizacional e promover a proteção dos interesses de todas as pessoas, ao agir em prol do direito ao desenvolvimento. Assim, respeitar e estimular as liberdades essenciais é promover o desenvolvimento, em sua versão qualitativa, o que demanda a interrelação do poder público com a sociedade, sendo demanda conjunta, mútua, acordada e dirigida ao

¹³⁶⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 130.

¹³⁶⁶ FURTADO, Celso. **Em busca do novo modelo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

¹³⁶⁷ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 57.

processo de eliminação das limitações de autodeterminação, pois esta é a expectativa desejada para a vida racional em um corpo social, onde “[...] cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros”.¹³⁶⁸

Por consequência, sendo o desenvolvimento-direito, também, de titularidade coletiva, a questão que se coloca na dianteira da referida observação é, entretanto, não somente referente a sua amplitude e seus destinatários, mas deve-se destacar as trajetórias perfiladas “[...] para a sua implementação que, conforme visto, demandam uma atitude ativa do Estado, regente e agente desse processo e dos cidadãos, no sentido de assumirem um fazer individual colaborativo [...]” e causador do desenvolvimento da pessoa humana, em todas as esferas.¹³⁶⁹

Assim, um importante fator que determinará o êxito ou não do desenvolvimento humano será a relação entre o Estado e a sociedade, uma vez que, mais significativo que identificar o titular deste direito, é legitimar quaisquer outros indivíduos que componham o seu processo, ou seja, todos os componentes ou colaboradores deste procedimento, que vai além do progresso econômico. Nota-se ser ele o mais completo dos direitos fundamentais, pois, devido a sua nítida universalidade e intrincada indivisibilidade, compreende todos os demais e, portanto, exige que todos os outros direitos essenciais sejam exercidos por todos.¹³⁷⁰

Segundo os argumentos de Perroux¹³⁷¹, o desenvolvimento, na atualidade, caracteriza-se por ser global, integrado e endógeno, porquanto, passível de aplicação em localidades territoriais singularizadas, em regiões de países determinados, em nações específicas ou, até mesmo, no globo. Porém, observa-se, sempre, os aspectos internos de cada local, bem como o diálogo inter-regional e a interação entre setores e classes sociais. Por esta razão:

¹³⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. Tradução de: Liberalismo e democracia. p. 39.

¹³⁶⁹ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal. O direito ao desenvolvimento e a livre iniciativa: confluência a partir da liberdade. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 26., 2017, São Luís. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 14. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/y800859o/r1Mz255j5RRzg3Rd.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

¹³⁷⁰ CECATO, Maria Aurea Baroni. Direitos laborais e desenvolvimento: interconexões. **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra, v. LI, p. 173-191, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24750>. Acesso em: 05 jul. 2021.

¹³⁷¹ PERROUX, François. **Ensaio sobre a filosofia do novo desenvolvimento**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 1981.

[...] no contexto de uma sociedade informacional de economia global permeada por relações transnacionais, o desenvolvimento deixa de ser uma questão exclusiva de cada Estado, e passa a ter relevância em âmbito global, enquanto um direito humano fundamental, que deve ser considerado por todos os atores sociais e não somente pelo Estado, em benefício direto das pessoas e de suas comunidades.¹³⁷²

Entretanto, mesmo diante de todas as colocações realizadas até aqui, as quais fazem do direito ao desenvolvimento um verdadeiro instrumento de transformação da realidade social, este ainda carece de promoção. Por causa disto, mesmo inferidos os alicerces onde se acha assentada a construção do “[...] desenvolvimento, o debate sobre o tema continua permitindo, e mesmo demandando, pesquisas e debates como os relativos à própria concreção desse novo desenvolvimento e do seu direito instrumental”.¹³⁷³

Destate, neste momento, as reflexões sobre o direito ao desenvolvimento se assentam além de seu conceito simplesmente econômico, o que envolve, por conseguinte, temáticas como a paz, a economia, o meio ambiente, o acesso à justiça e a prática da democracia, porquanto, são direitos e garantias fundamentais, para garantir a existência de igualdade e de liberdade para as pessoas.¹³⁷⁴ Por oportuno, sem a intenção de esgotar ou aprofundar na temática, importante destacar como tal direito pode contribuir para o percurso de realização do desenvolvimento humano.

De início, conveniente é o reciocínio sobre a ingerência da igualdade, em contexto desenvolvimentista, pois devem considerarem-na, aqui, como um objetivo a alcançar-se, por meio de um processo permanente de redução das desigualdades – seu contraponto. Logo, pode-se ponderar sobre a realidade, ou seja, “[...] considerar indicadores de desigualdade na expectativa de que, mesmo diante da aparente

¹³⁷² HUDLER, Daniel; BENACCHIO, Marcelo. Direito ao desenvolvimento: desafios econômicos, jurídicos e éticos nos tempos de coronavírus (Covid-19). **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v.19, n. 42, p. 123-153, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2501/Prim%40%20Facie%2C%20n.%2042%2C%20v.%2019%2C%202020>. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹³⁷³ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; CECATO, Maria Aurea Baroni. Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 99-119, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/4145>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹³⁷⁴ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

contradição, seja possível, refletindo sobre a superação daquela, alcançar a igualdade vista como categoria indispensável à compreensão de desenvolvimento”.¹³⁷⁵

Dito de outro modo, a igualdade não há de se efetivar quando examinada por intermédio de práticas puramente conceituais, mas por meio do reconhecimento empírico do exercício igualitário e da criação de parâmetros pré-estabelecidos de igualdade para todos. A partir desta premissa, a igualdade, segundo Sen,¹³⁷⁶ necessita de arranjos por espaços semelhantes e conglobantes, visto que, se não for assim, revelará desigualdades ou mesmo implicará em violação de valores intimamente importantes para todas as pessoas.

Uma questão que carece de atenção aqui é o fato de que a igualdade, como pressuposto para o desenvolvimento humano, está associada à solidariedade e à inclusão social, e não ao crescimento econômico. Aliás, como indica Peres Luño,¹³⁷⁷ ao abordar as categorias da igualdade – formal e material – nota-se que os valores legais de igualdade e solidariedade possuem significados que se cruzam, de muitas maneiras, em seus respectivos campos conceituais, sendo quase impossível aprofundar o estudo de qualquer um deles sem ultrapassar os limites do outro.

Desta feita, para tratar da igualdade, impossível não explorar, também, as questões que envolvem a desigualdade, as quais, por sua vez, perpassam pela problemática da distribuição de renda, já que “uma renda inadequada é, com efeito, uma forte condição predisponente de uma vida pobre”.¹³⁷⁸ Por certo, a variável renda é tida como um mecanismo útil para por fim ou, ao menos, reduzir a pobreza – ainda que pareça simplório observar o desenvolvimento por este prisma –, mas será com base nela, em especial, que construir-se-á toda a implantação do processo desenvolvimentista, visto que “[...] o aumento das capacidades humanas tendem a

¹³⁷⁵ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; CECATO, Maria Aurea Baroni. Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 110, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/4145>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹³⁷⁶ SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Record, 2001. Tradução de: Inequality reexamined.

¹³⁷⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique de. **Dimensiones de la igualdad**. Madrid: Dykinson, 2005.

¹³⁷⁸ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 120.

andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda”, tornando assim, “[...] as privações humanas mais raras e menos pungentes”.¹³⁷⁹

Neste sentido, segundo Addison e Cornia,¹³⁸⁰ existem, recentemente, sucessivos estudos científicos que indicam que a redução da pobreza e da desigualdade está, intrinsecamente, ligada à redistribuição de renda, condição que evidencia, também, que sociedades com menor índice de desigualdade crescem de maneira mais equilibrada que aquelas mais desiguais. Nesta mesma perspectiva, Ferreira¹³⁸¹ anuncia que:

[...] a distribuição de renda e riqueza não podem mais ser vistas como meros resultados do equilíbrio de uma economia. Os processos centrais que determinam a alocação de recursos – por meio mercados de capitais, pelo sistema político e por circunstâncias sociais – são influenciados pela distribuição da riqueza de maneiras importantes. Sociedades mais desiguais tendem a desenvolver maiores grupos de pessoas que são excluídas das oportunidades de que outros desfrutam – sejam eles uma educação melhor, acesso a empréstimos, ou a seguros – e que, portanto, não desenvolvem sua plena produção potenciais. Tanto a teoria quanto as evidências empíricas sugerem que essas realizações incompletas de potencial econômico não preocupa apenas aqueles que se preocupam com a equidade em si. Elas também afetam o potencial crescimento econômico agregado e, portanto, a produção e sua taxa de crescimento (tradução nossa).

Portanto, nesta visão, a literatura recente aponta que países com distribuição, relativamente, igualitária de ativos e renda destinam-se a crescer mais rápido que aqueles com alta desigualdade social. Por um lado, uma trajetória que uma

¹³⁷⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: *Development as freedom*. p. 126

¹³⁸⁰ ADDISON, Tony; CORNIA, Giovanni Andrea Cornia. *Income Distribution Policies for Faster Poverty Reduction*. **WIDER Working Paper Series DP2001-93**, World Institute for Development Economic Research (UNU-WIDER), 2001. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2001-93.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹³⁸¹ “[...] income and wealth distributions can no longer be seen as mere *outcomes* of the general equilibrium of an economy. The central processes that determine resource allocation – through capital markets, through the political system, and through social circumstances – are influenced by the distribution of wealth in important ways. More unequal societies tend to develop larger groups of people who are excluded from opportunities others enjoy – be they a better education, access to loans, or to insurance – and who therefore do not develop their full productive potentials. Both theory and empirical evidence suggest that these incomplete realizations of economic potential are not of concern only to those who care about equity per se. They also affect aggregate economic potential, and therefore aggregate output and its rate of growth”. FERREIRA, Francisco H.G. Ferreira. **Inequality and economic performance**: a brief overview to theories of growth and distribution. Text for World Bank’s Web Site on Inequality, Poverty, and Socio-economic Performance. Disponível em: <http://www.worldbank.org/poverty/inequal/index.htm>. Acesso em: 06 jul.2021.

crescimento e igualdade beneficia, diretamente, os pobres, em curto prazo, mas, por outro lado, o aumento da redução das desigualdades, a longo prazo, cria condições desajáveis, onde o crescimento econômico facilitará a redistribuição de rendas. De todo modo, qualquer que seja o caminho para a redução da desigualdade será um golpe para a pobreza e, por conseguinte, para as desigualdades.¹³⁸²

Porém, para Ortiz,¹³⁸³ ainda há influentes entendimentos que consideram o crescimento econômico como prioridade, ou seja, intervenções limitadas de desenvolvimento, tal como alguma educação, saúde, dentre outras, que servem somente para atrasar o desenvolvimento social e outras políticas públicas equitativas. Entretanto, hordiernamente, há uma quantidade considerável de pesquisas e pesquisadores que defendem que o crescimento econômico e políticas desenvolvimentistas deve ser almejado em concomitância, ao invés de sequencialmente, pois pobreza e desigualdade inibem, deprimem e atrapalham a economia nacional e o desenvolvimento das pessoas, já que países com alta desigualdade tendem a desenvolver-se menos e mais devagar. Na mesma direção, complementa Coutinho, ao aduzir que:¹³⁸⁴

[...] foi, não por acaso, a conclusão a que em última análise chegou o *World Development Report* do Banco Mundial no ano de 2006. Segundo esse documento, sociedades desiguais são marcadas por grupos que têm, consistentemente, menos oportunidade – políticas, econômicas e sociais. Isso, por sua vez, leva ao desperdício de potencial produtivo e ineficiente alocação de recursos. [...]. Numa formulação semelhante àquelas já vistas, sustenta que reduções na desigualdade simultaneamente ao crescimento adicionam ao segundo um componente distributivo, e, por isso, podem reduzir a pobreza mais rapidamente (grifos do autor).

Em verdade, muitas são as variáveis e agentes que dificultam a distribuição de renda e facilita a ocorrência da pobreza, as quais contribuem para a desigualdade e

¹³⁸² DAGDEVIREN, Hulya; VAN DER HOEVEN, Rolph; WEEKS. Redistribution does matter: growth and redistribution for poverty reduction. **WIDER Working Paper Series DP2002-05**, World Institute for Development Economic Research (UNU-WIDER), 2002. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2002-05.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

¹³⁸³ ORTIZ, Isabel. Social policy: national development strategies – policy notes. **Departament of Economic and Social Affairs**, United Nations, New York, p. 01-69. Disponível em: file:///C:/Users/PCA/Desktop/PN_SocialPolicyNote.pdf. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹³⁸⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50.

impossibilitam o desenvolvimento humano, conforme registram Addison e Cornia,¹³⁸⁵ quando tratam das políticas para o crescimento igualitário e a redução da pobreza. Neste sentido, destacam, em especial, a importância de quatro causas tradicionais da crescente desigualdade, quais sejam a insuficiência de incentivos, as diferenças salariais, os conflitos sociais e o aumento da renda e da diferença de ativos. Do mesmo modo, identificaram políticas públicas para lidar com os motivos que propiciam a desigualdade contemporânea, a qual, muitas vezes, estão associados à globalização e à liberalização do comércio.

Assim, os autores¹³⁸⁶ sugerem, ainda, que a desigualdade hodierna resulta de fatores antigos e novos, de modo que, para combatê-la, são necessárias diferentes estratégias. Então, para eles, é preciso implementar políticas de redistribuição de terras agrícolas; investir em capital humano, ao reorganizar e mobilizar as despesas e receitas públicas, por meio de tributação progressiva; corrigir falhas de mercado; e reduzir as desigualdades regionais e étnicas, que causam pobreza e conflitos sociais. Do mesmo modo, é necessário atentar-se para as novas causas de desigualdade, de forma a opor-se a elas, via combate à inflação, investimento em educação básica e técnica, redução de crises financeiras, diminuição da desigualdade salarial e regulação das empresas privatizadas.

Em síntese, quando se lança um vasto olhar para as linhas volvidas, pode-se ver que, somente em um ambiente igualitário, com melhor distribuição de renda e menor incidência de pobreza, o direito ao desenvolvimento poderá concretizar-se, ou seja, será o alicerce e a estrutura imprescindível para transformar a realidade, a vida e a existência das pessoas.

Logo, como a muito concebeu Rousseau,¹³⁸⁷ na área da desigualdade natural, “[...] estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma [...]”, ou, mesmo, no campo da desigualdade moral ou política, que “[...] depende de uma espécie de

¹³⁸⁵ ADDISON, Tony; CORNIA, Giovanni Andrea Cornia. *Income Distribution Policies for Faster Poverty Reduction. WIDER Working Paper Series DP2001-93*, World Institute for Development Economic Research (UNU-WIDER), 2001. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2001-93.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹³⁸⁶ ADDISON, Tony; CORNIA, Giovanni Andrea Cornia. *Income Distribution Policies for Faster Poverty Reduction. WIDER Working Paper Series DP2001-93*, World Institute for Development Economic Research (UNU-WIDE), 2001. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2001-93.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

¹³⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 21.

convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens”. Reconhece-se, que “consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles”. Certamente, um desenvolvimento social autoequilibrado somente será possível quando houver uma mudança estrutural, que promova a igualdade essencial a todos.

Portanto, a importante função instrumental do direito ao desenvolvimento é legitimar os seus titulares, bem como, buscar a igualdade de acesso aos indicadores de desenvolvimento humano, de maneira autossustentada¹³⁸⁸ e alcançável a todas as pessoas. Oportuno, então, realizar alguns contornos sociais, a fim de promover a igualdade como meio para o desenvolvimento, isto é, ao determinar “[...] o ideal igualitário de cada específica realidade social, reduzidas as desigualdades e ampliados os acessos, estará efetivado o direito ao desenvolvimento”.¹³⁸⁹

Nesta mesma perspectiva, Furtado enfatiza que os indicadores clássicos e, até então, globalmente aceitos, tal qual o produto nacional global, o produto interno bruto (PIB) e a renda *per capita*, são resultantes do panorama universalizante dos processos econômicos, ligados ao aspecto que reconhece o desenvolvimento como simples crescimento econômico, motivos pelos quais não se pondera sobre assuntos como distribuição ou acumulação de renda, desigualdades sociais ou pobreza. Desta forma, precisam usar outros índices, que melhor se adaptem à percepção de desenvolvimento como instrumento de satisfação das necessidades humanas.¹³⁹⁰

De acordo com o delineado nos parágrafos anteriores, ainda que a igualdade não seja a única condição para se alcançar o desenvolvimento e o direito a ele, ela é, indispensavelmente, considerada no processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. Destarte, em contexto de desenvolvimento humanizado e aferido com base na equidade e na inerente isonomia, a liberdade ganha seu espaço,

¹³⁸⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Esclarece aqui que o autor usa a expressão ‘desenvolvimento autossustentado’ para indicar uma concepção de cunho econômico, deixando o termo ‘sustentável’ para as questões ambientais.

¹³⁸⁹ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; CECATO, Maria Aurea Baroni. Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 113, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/4145>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹³⁹⁰ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

“[...] a despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria”.¹³⁹¹

Ocorre que, a ideia aqui vinculada à liberdade é aquela associada a toda uma gama de providências, ligadas ao exercício dos direitos sociais e econômicos. Desta maneira, a liberdade, pura e simples, não relacionada à pretensão da efetivação de medidas sócio-econômicas, “[...] poderá levar a uma sociedade fortemente inigualitária, mediante a concessão de direitos apenas do ponto de vista formal, razão pela qual se faz necessário aprofundar a abordagem da liberdade”, combinada à efetivação da igualdade, tanto a formal, quanto a material.¹³⁹²

Sen,¹³⁹³ ao discutir a temática, propõe a existência de reciprocidades entre o desenvolvimento e as liberdades, dado que se manifestam como “[...] componentes constitutivos do desenvolvimento”. À vista disto, demonstra, também, que “a privação da liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica” e, portanto, acarretar um afastamento do processo de desenvolvimento.

Vale destacar que, posto ser a liberdade necessária para o pleno desenvolvimento das pessoas, deve-se exercê-la, também, de acordo com o interesse da coletividade, visto que é na tutela e no respeito proporcionado por toda e qualquer manifestação de autoridade que residem os limites para o exercício das liberdades individuais. Pode-se, então, considerar o direito ao desenvolvimento, ao mesmo tempo, como um direito individual e coletivo, o que, neste último caso, representa todos os Estados e suas instituições, os povos que lutam por sua autodeterminação e contra uma dominação de outras figuras de poder, todas as demais entidades cuja prosperidade deve ser promovida e incentivada, bem como, quaisquer outras organizações que dependam, defendam ou respeitam o direito ao desenvolvimento livre e igualitário.¹³⁹⁴

¹³⁹¹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹³⁹² RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 130.

¹³⁹³ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom. p. 23.

¹³⁹⁴ ESPIELL, Héctor Gros. El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana. **Boletim Mexicano de Direito Comparado**, Ciudad de México, n. 37. p. 41-60. 1980. Disponível

Por fim, relevante entender, também, que é pela liberdade que surge, no viés do direito ao desenvolvimento, a possibilidade de muitos indivíduos – talvez a maioria – alcançarem as necessárias condições para o desenvolvimento humano equilibrado, ou seja, o indispensável em saúde, segurança, educação, lazer, cultura, trabalho, entre outras possibilidades, as quais, atribuídas em observação à igualdade, colaborarão com a concretização do desenvolvimento autossustentado das pessoas.

Menciona-se, ainda, que o conceito contemporâneo de direito ao desenvolvimento, que vai além das circunstâncias somente econômicas, é tido como um instrumento que pode, e deve, auxiliar a efetivação de outros direitos – dentre eles os direitos humanos –, pois salienta-se que são eles interdependentes e, por vez, indivisíveis. Assim, tal direito pode atuar como um instrumental para uma interpretação que ofereça percepções criativas e progressivas sobre novas situações que, constantemente, exurgem no mundo dos fatos.

Vale registrar, mesmo que rapidamente, que, ao se admitir a possibilidade da concretização do desenvolvimento-direito, imperiosa será, para tanto, a existência de um planejamento estatal apropriado, “[...] considerando que ações humanas não planejadas podem provocar danos excessivos, desnecessários ou irreparáveis [...]”¹³⁹⁵ para a sociedade. No Brasil, pelo aspecto constitucional, o modelo de desenvolvimento equilibrado – instrumentalizado pelo planejamento – tem por objetivo reduzir as desigualdades econômicas e sociais, tanto locais, quanto regionais e nacionais, ao promover condições para uma ingerência desenvolvimentista dirigida.¹³⁹⁶

Por esta razão, a determinação do planejamento estatal começará por um profundo conhecimento das realidades, dos princípios institucionais jurídicos, e não meramente por propósitos de política econômica, que desconhecem as necessidades sociais e econômicas do país, ou mesmo pela utilização de estratégias inadequadas

em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1458/1716>. Acesso em: 07 jul. 2021.

¹³⁹⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. p. 30. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹³⁹⁶ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

e desvirtuadas dos objetivos planejados. Com isto, pode o ato de planejar configurar um adequado instrumento constitucional, para fins do desenvolvimento de todos.¹³⁹⁷

A título de exemplo, entre os vários dispositivos jurídicos-constitucionais voltados ao planejamento do desenvolvimento pátrio, convém destacar o art. 21, IX e XX, os quais aduzem sobre a competência da União, respectivamente, para elaborar e executar planos de desenvolvimento econômico, social e ordenação de território, bem como para instituir diretrizes ao desenvolvimento urbano; o art. 43, que prevê, em nome do desenvolvimento, ações articuladas e planejadas em regiões identificadas por critérios geopolíticos, econômicos, naturais ou sociais, com o objetivo fundamental de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais.¹³⁹⁸

No mesmo sentido de amostragem, a impossibilidade de a União criar impostos que não sejam nacionais, prevista no art. 151; o art. 48, IV, que proclama como atribuição do Congresso Nacional a apresentação de planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; e o art. 192, que, por fim, prevê que o sistema financeiro brasileiro é estruturado de modo a possibilitar o desenvolvimento equilibrado do país e auxiliar os interesses da coletividade.¹³⁹⁹

Em verdade, o desenvolvimento, enquanto processo contínuo, livre, igualitário, multidimensional e organizado, por meio, de políticas públicas – planos de ações governamentais e não governamentais – revela-se, sem dúvida, como um instrumento apto a satisfazer, quem sabe, totalmente as necessidades humanas elementares.

Além disto, enquanto direito, pode, e muito, contribuir para a efetivação de todo este processo, pois, ao se institucionalizar as transformações subsequentes ao desenvolvimento, há uma intensificação e dinamização das inter-relações necessárias entre o desenvolvimento das pessoas e o ambiente jurídico, como personagens da evolução histórico-social e, ainda, possibilita a atualização dos outros direitos vinculados a este, o que o torna relevante para o Estado e para a coletividade em

¹³⁹⁷ LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

¹³⁹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹³⁹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

geral. Ou seja, assim o desenvolvimento, é visto como um verdadeiro direito subjetivo, mas também, como um objeto do próprio direito.¹⁴⁰⁰

Porém, a realização do direito ao desenvolvimento, como já dito, requer uma séria aproximação entre os mais diversificados agentes que compõem toda a estrutura social, para que, enquanto instrumento viabilizador de um crescimento equitativo, motivador de inclusão social e gerador de justiça social, seja, efetivamente, um colaborador da superação de barreiras que inviabilizam a concretude do desenvolvimento humano – baseado na igualdade e liberdade – e da modificação da realidade social.

Destarte, de todo o explanado até aqui, a premissa que se obtém é que deve o desenvolvimento ter como objetivo a dignidade humana e não o capital, e o Poder Judiciário, por meio de suas decisões judiciais, pode exercer importante papel na defesa e efetivação de tais direitos, especialmente em uma redemocratização recente, como a brasileira, onde um dos principais órgãos responsáveis – o Poder Legislativo – acaba por não ser, totalmente, capaz de conferir e regulamentar direitos e ativar o progresso social, por meio dos tradicionais mecanismos, ou seja, as leis.¹⁴⁰¹ Então, para fins de realização do direito ao desenvolvimento:

O papel representativo da corte estaria também na satisfação dessas demandas sociais não realizadas pelos parlamentos. [...] no qual o processo majoritário muitas vezes não atende os pleitos da sociedade devido às distorções históricas na distribuição de poder e renda pela sociedade.¹⁴⁰²

Neste sentido, os tribunais, ocasionalmente, executam um reluzente papel de vanguarda, ao impulsionar a história, quando ela, visivelmente, se encontra obsoleta, embora tal prática deva ocorrer com elevada moderação, devido, principalmente, ao

¹⁴⁰⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidades.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

¹⁴⁰¹ BARROSO. Luís Roberto. Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts. In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). **Democratizing Constitutional Law: perspectives on Legal Theory and the legitimacy of constitutionalism**. Heidelberg: Springer, 2016, p. 71-90.

¹⁴⁰² PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 51.

perigo que representa ao sistema democrático e ao Judiciário e não se tornar dissonante perante a possibilidade de diálogo junto aos demais poderes e a sociedade.¹⁴⁰³ Aliás, isto deixa “claro que os elementos políticos também compõem a ideia de desenvolvimento e representam o agir, tanto do povo como do indivíduo, na condição de sujeitos políticos, com vistas à realização da vida democrática”.¹⁴⁰⁴

Na mesma linha de raciocínio, a muito tempo Cappelletti¹⁴⁰⁵ já advertia que a atuação do judiciário, inevitavelmente, sempre acrescentou alguma contribuição ao direito, mas sua intensificação se deu como fenômeno típico deste século, pois, ao controlá-la, exige “[...] o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.

Além disto, recentemente a realidade conta com um novo conjunto de direitos humanos e sociais, como o direito ao desenvolvimento, que conduz, irremediavelmente, a sociedade – agora complexa – a uma transformação e, conseqüente, deveria conduzir ao progresso dos sujeitos, mas que, acarreta implicações aos juízes, qual seja, a interpretação – criação – de uma regulamentação jurídica, por vez, permeada de lacunas, amplitudes ou, até mesmo, imprecisões sobre o que fundamentará as decisões judiciais.

Neste ponto, necessário, também, compreender que, em questões que envolvam o julgamento jurídico, a exemplo da realidade brasileira, onde, muitas vezes, nem mesmo a legalidade formal é levada a efeito, os juristas, imersos em uma crise paradigmática, nem sempre estão preparados para enfrentar as características específicas das demandas oriundas do contexto social.¹⁴⁰⁶ Pois, nos tempos hodiernos, as “[...] demandas jurídicas aumentaram não só em quantidade, como em

¹⁴⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). **Democratizing Constitutional Law: perspectives on Legal Theory and the legitimacy of constitutionalism**. Heidelberg: Springer, 2016, p. 71-90.

¹⁴⁰⁴ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; CECATO, Maria Aurea Baroni. Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 115, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/4145>. Acesso em: 29 jun. 2021.

¹⁴⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. Tradução de: Giudici Legislatori. p. 42.

¹⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

complexidade, sendo necessário ao direito um novo modelo jurisdicional e, ademais, um novo modelo de juiz [...].”¹⁴⁰⁷

É interessante notar que, no ato de decidir, o juiz da atualidade é protagonista do cenário social, e necessita, assim, orientar suas razões na decisão mais ampla e permeada de conhecimentos oriundos de outras áreas do saber, além de ter em mente, ainda, os efeitos sociais da decisão a ser tomada. Eis que, desta maneira, “[...] as decisões judiciais deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis. Racionalidade jurídica é isso: [...] a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, [...]”.¹⁴⁰⁸

Nesta ordem de ideias, ao debruçar olhares, em particular, para a realidade brasileira, observa-se que, no atual contexto de Estado Democrático de Direito, a pessoa adquire *status* fundamental, dado à gama de direitos individuais, sociais, políticos, econômicos e culturais, expressos na Carta Maior. Porém, sabe-se, também, que nem sempre os cidadãos – brasileiros – dispõem de recursos para exercê-los, tampouco o Estado – enquanto ente político – é capaz de efetivá-los, devido à escassez de capital financeiro, fatores que impossibilitam “[...] o exercício pleno dos direitos, de modo a cada cidadão ter a possibilidade concreta de orientar seu destino de acordo com a sua própria concepção de bem”,¹⁴⁰⁹ o que impulsiona desigualdades sociais e, conseqüentemente, a pobreza no país.

Portanto, rejeitar a concretização de um direito fundamental ou o acesso a recursos subsistentes primordiais, por não ter, supostamente, condições financeiras, não é, por conjectura, uma razão suficientemente definitiva para negar o dever de o Estado cumprir esta obrigação.”¹⁴¹⁰ Em outras palavras, seria o sistema econômico que deveria dar condição e possibilidades aos cidadãos para se desenvolverem e, também, garantir, por meio de recursos financeiros, o aperfeiçoamento de toda a sociedade, ou seja, oportunizar aos indivíduos a realização de seu propósito de vida, por meio da aquisição de bens precípuos – isto é, o direito ao desenvolvimento.

¹⁴⁰⁷ HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Nunes Cavalheiro; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Dworkin versus Cappelletti: qual o modelo de juiz adequado ao estado democrático de direito? **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 36, p. 90, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/2043>. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹⁴⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 121.

¹⁴⁰⁹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 87, 2007.

¹⁴¹⁰ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 49-101, 2007.

Posto isto, para garantir o direito ao desenvolvimento – entendido na esfera da satisfação das necessidades humanas e não na questão atinente à eficiência econômica¹⁴¹¹ – o poder judiciário, não raramente, é chamado a decidir sobre este ideal, visto que “[...] é possível prever que, quanto menos fizer o administrador, [...], mas terá que fazer o juiz, que não pode se furtar nunca de decidir o caso concreto que lhe é proposto”.¹⁴¹²

Diante destas considerações, como fazem os juízes em sua atividade precípua – o ato de julgar –, justificaria a existência de uma verdadeira Análise Jurídica da Economia. Assim é, pois, ante a ausência de coerência, mecanismos ou métodos interpretativos,¹⁴¹³ vinculativos e sólidos, como diria Streck, das decisões judiciais, somados, ainda, à falta de investimentos públicos e à pobreza, que permeia a realidade brasileira, somente uma inversão de paradigma entre direito e economia, ou seja, a economia vista pelos olhos do direito, seria capaz de traçar parâmetros, ora, racionais e, assim, alcançar o direito ao desenvolvimento.

Neste contexto, a proposta que se verá a seguir é colocar o direito – e as decisões judiciais – no caminho de uma maior racionalidade – no sentido econômico –, de maneira que as escolhas realizadas sejam mais fundamentadas e de comprovação prática, condição que pode, antecipadamente, prever as consequências sociais e chegar à melhor decisão a ser tomada, em benefício não só dos agentes envolvidos, mas de toda coletividade – o que maximiza, então, os ganhos sociais.

Na realidade, esta é a racionalidade típica do sistema econômico, empregada no auxílio do direito, em especial de seus aplicadores, para, assim, alcançar resultados humanamente eficientes, ou seja, a Teoria das Decisões Judiciais, fundada em critérios racionais e coerentes de julgamentos e, não em mero subjetivismo e criatividade dos julgadores, pois, assim estará legitimada a construir o Direito, com ênfase no direito ao desenvolvimento. Logo, seguir-se-á por este caminho, onde, ao unir postulados de ciências distintas, qual sejam, direito e economia, na veemência de conquistar o direito ao desenvolvimento, erigir-se-á as premissas de uma Análise Jurídica da Economia.

¹⁴¹¹ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁴¹² RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 469.

¹⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

5 A ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA COMO MEIO PARA EFETIVAR O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Quando se observa o atual contexto sócio-econômico mundial, nota-se ser um tanto quanto improvável indicar um Estado no qual as desigualdades sociais e de oportunidades, a miséria, a fome, as doenças, a insegurança, entre outras calamidades, infelizmente típicas, não estejam presentes. Então, não se pode olvidar que estas produzam reflexos negativos em toda a sociedade, pois são chagas dos direitos basilares de um número irrestrito pessoas, que acabam afastadas, precarizadas e impedidas de se desenvolverem, visto que são seres humanos, mas não têm a possibilidade de viverem com dignidade.

Assim, também é característico dos Estados contemporâneos, especialmente com o advento da globalização, que valores tidos como locais, ou mesmo regionais, sejam superados por um movimento de internacionalização dos mercados, onde as empresas com maiores condições econômicas, na busca por lucros e pela redução de seus custos operacionais, por vezes, mitigam ou se sobrepõe aos direitos fundamentais dos indivíduos. Nota-se que, “muitas empresas transnacionais migram para países em desenvolvimento não apenas em busca de mão de obra barata ou incentivos fiscais, mas também de influência política e econômica”.¹⁴¹⁴

À vista disto, a mão invisível, que deveria controlar o mercado, ao contrário de atrair, preponderantemente, riquezas e desenvolvimento, geração de empregos e inovações tecnológicas, arrecadação de impostos e fornecer outras vantagens econômicas à sociedade, se apresentou como uma estrutura deficitária e facilitadora de desigualdades econômicas e sociais. Isto ocorreu, especialmente, em razão de caminhar rumo à finalidade da manutenção do lucro pelo lucro, e não como meio para a realização de condição de vida digna para as pessoas.

Necessário recordar, aqui, que a dignidade da pessoa humana deve se sobrepor a qualquer outro interesse, seja ele econômico, social, jurídico ou político, haja vista que o homem não é, em princípio, um animal racional e nem animal moral, e sim, antes de tudo, um animal que possui necessidades intrínsecas. Isto é, a

¹⁴¹⁴ OLIVEIRA, Jeferson Sousa. BENACCHIO, Marcelo. Globalização e estado: considerações sobre a humanização do direito econômico. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 80, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/18026>. Acesso em: 14 jul. 2021.

ausência de dignidade não é apenas “[...] quando falta a comida para alimentação, mas também quando o exercício prático das próprias capacidades é sufocado por condições sociais de abuso”,¹⁴¹⁵ que impeçam os sujeitos de desenvolverem uma existência digna de um ser humano.

Assim, a economia – especialmente quando voltada para interesses do mercado – reflete, também, no sistema jurídico. Para Faria¹⁴¹⁶, a atual ordem econômica, multifacetada e policêntrica, faz com que o direito – que, como diria Rodotà,¹⁴¹⁷ hoje vaga pelo mundo sem lócus próprio – enfrente inúmeras dificuldades para a edição de novas normas, políticas públicas e, até, na atividade jurisdicional. Assim é porque a operacionalidade, a funcionalidade, a efetividade e a autonomia das regulações jurídicas são consideradas, deveras, ineficazes, pois, se voltam a assegurar, sem traumas, uma ordem econômica globalizada e não os direitos básicos das pessoas. Nas palavras de Belluzzo¹⁴¹⁸, é a “[...] razão do mais forte, encoberta pelo véu da legalidade”.

Nesta sequência, constata-se que a ordem jurídica atual, muitas vezes, se alicerça em fundamentos econômicos, de modo a desrespeitar as conquistas da civilização, como são os direitos humanos e, dentre eles, o direito ao desenvolvimento. Logo, o que se pode notar é que Direito e Economia, na sociedade econômica, social e culturalmente global, interagem constantemente e, por este motivo, juristas e economistas precisam superar as diferenças disciplinares e metodológicas impostas pelas respectivas ciências, na busca constante pela efetividade dos direitos fundamentais e, entre eles, o direito ao desenvolvimento.

Sendo assim, a Análise Jurídica da Economia se apresenta como uma inovadora proposta para a criação de um novo paradigma na ciência jurídica e, conseqüentemente, na teoria da decisão judicial, ou seja, um contraponto à Análise Econômica do Direito, anteriormente demonstrada. Portanto, a premissa que se obtém é que o Poder Judiciário, por meio das decisões jurígenas, colabora para a efetivação do direito ao desenvolvimento, com fito na dignidade humana e não no capital, exerce

¹⁴¹⁵ BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana**. Tradução Ubenai Lacerda. Aparecida: Santuário, 2013. Tradução de: Il principio dignità umana.

¹⁴¹⁶ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁴¹⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

¹⁴¹⁸ BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **Ensaio sobre o capitalismo no século XX**. São Paulo: UNESP, 2004. p. 138.

importante papel na defesa de tais direitos, especialmente em países redemocratizados.

Além disto, deve-se considerar que, sem dúvida, uma quebra de resistência às clássicas teorias do direito e da decisão judicial, aquelas envoltas por racionalização formal e justiça ideal, em favor de instrumentos sólidos, racionais e eficientes, mas, não embasados, exclusivamente, por critérios metafísicos ou puramente economicistas para, desta forma, salvaguardar o direito ao desenvolvimento. Logo, a Teoria das Decisões Judiciais deve fundar-se em critérios de racionalidade e coerência de julgamento, e não em mero subjetivismo e criatividade dos julgadores. Assim, estará legitimada a construir o Direito, com ênfase no direito ao desenvolvimento e, como consequência, na autodeterminação das pessoas.

Então, sem o objetivo de fazer um juízo baseado em critérios absolutos, mas, sim, compreender as experiências de mundo, sob um ponto de vista que vai além da hermenêutica – mundo aqui pressupõe a Teoria da Decisão Judicial – o que se propõe, então, é a compreensão do paradigma das Decisões Judiciais, sob o olhar da Análise Jurídica da Economia. Ressalta-se que as instituições jurídicas, entre as quais os julgadores, devem ter seus olhares voltados para o futuro e para a busca, incessante, de efetivação de direitos.

Portanto, diante da complexidade da sociedade contemporânea, buscar-se-á no pensamento pragmático jurídico, por meio da transdisciplinariedade, as possíveis respostas para os conflitos jurídicos que envolvam o direito ao desenvolvimento. Com base nisto, estabelecem-se as premissas fundamentais para o capítulo que segue, inicialmente, rumo à humanização da economia, em prol de um desenvolver-se com dignidade.

5.1 A humanização da economia

O mundo mudou e a maioria destas transformações são, esmagadoramente, reflexos da globalização, a qual, enquanto evento recente, real e característico do capitalismo contemporâneo, ainda que restem controvérsias neste sentido,¹⁴¹⁹

¹⁴¹⁹ REALE, Miguel. Notas sobre globalização. **Reale Advogados Associados**, São Paulo, maio/2005. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/notasglob.htm>. Acesso em: 24 jul. 2021. Segundo as reflexões do autor, a globalização, que ainda está em processo de expansão, trata-se de fenômeno novo, mas, guarda alguma semelhança com os grandes impérios do passado, em

repercutiu e continua a influenciar a vida na sociedade atual. Diante disto, e como resultado, um significativo conjunto de outros fenômenos políticos, econômicos e sociais se destacaram e comprometeram o desenvolvimento digno dos cidadãos, nas mais variadas localidades do globo.¹⁴²⁰ Para Staffen,¹⁴²¹ “[...] nos espaços redimensionados pela globalização, afinal, não há como se pensar em globalização sem mensurar suas consequências humanas”.

Assim, a globalização, hoje, é parte da realidade e impacta intensamente “[...] a política mundial, a economia, o mundo do trabalho e as tradições culturais [...], quer influenciadas pelos meios de comunicação, quer pelo poder econômico-financeiro das grandes corporações transnacionais”,¹⁴²² bem como, influencia outros aspectos e instituições, comumente presentes no cotidiano dos indivíduos. Nas palavras de Meireis¹⁴²³, é desta forma que a globalização acontece, pois une “[...] o individual ao universal e cada um ao geral, conduz a uma generalizada normalização do Mundo, no sentido da sua crescente homogeneização ou igualação total em direção ao (cada vez mais) ‘uno’ ou ao (cada vez mais) ‘único’”.

O fenômeno da globalização, logo, compõe a realidade dos países a nível mundial, já que, “[...] possibilitou que se identificasse, com mais facilidade, as crises¹⁴²⁴ que assolam o mundo moderno, sejam elas econômicas, financeiras, sociais e, até mesmo, morais”.¹⁴²⁵ Isto posto, para Armada,¹⁴²⁶ o que existe são diversas globalizações, que acontecem ao mesmo tempo no planeta, assim:

especial, pelo generalizado domínio em que os povos eram submetidos a eles, pela influência da linguagem, do direito, da política, bem como, da economia.

¹⁴²⁰ COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

¹⁴²¹ STAFFEN, Márcio Ricardo. Direito global: humanismo e direitos humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (org.). **Diálogos ambiental, constitucional e internacional**. Lisboa: Alameda da Universidade, 2016. v. 4. p. 251. *E-book*.

¹⁴²² COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 11.

¹⁴²³ MEIREIS, Augusto. Que globalização para o direito? **Revista “Lusíada. Direito”**, Lisboa/Portugal, n. 16, p. 9, 2016. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/2517>. Acesso em: 14. ago. 2019.

¹⁴²⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. Para o autor, o termo crise representa uma fase complexa na evolução das coisas, dos sentimentos ou dos fatos. Aponta, também, para um processo de transformação, de questionamento, de rompimento, de mudança, de desequilíbrio, de desordem ou de abalo no *status quo*.

¹⁴²⁵ CARNEIRO, Claudio. A era do compliance em tempos de globalização e (neo) constitucionalismo. *In*: PIFFER, Carla; OLIVEIRA NETO, Francisco José R. de; LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**: tomo 04. Itajaí: UNIVALE, 2018. p. 10. *E-book*.

¹⁴²⁶ ARMADA, Charles Alexandre Souza. Uma sociedade global e um novo tempo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 847, 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 20 jul. 2021.

Há uma globalização econômica transformando o planeta em um único mercado consumidor, há uma globalização financeira que permite o milagre da multiplicação dos ativos especulativos, há uma globalização cultural pasteurizando a cultura do planeta e há uma globalização da produção que movimenta as estruturas produtivas do planeta com base 'apenas' nos parâmetros de custo. [...] A globalização política, portanto, ao subverter o poder do Estado-nação permite a inclusão de novos atores no palco das decisões globais.

Porém, além destas globalizações mais perceptíveis, existem outras nem tão visíveis, mas que, sem dúvidas, também, são eficazes e preocupantes. Desta forma, observa-se, ainda, uma chamada globalização excludente, a qual produz desemprego e reduz salários, de modo a estabelecer, simultaneamente, “[...] uma pobreza perversiva, generalizada, permanente, global”.¹⁴²⁷ Têm-se, igualmente, uma globalização ideológica que é capaz de justificar e estimular todas as demais e representar, com isto, “[...] o nirvana econômico na adoção de uma única política econômica fundada, por sua vez, no neoliberalismo e no mercado”.¹⁴²⁸

Entretanto, segundo o pensamento de Torres,¹⁴²⁹ sem embargo, a globalização é um processo¹⁴³⁰ eminentemente econômico e político, que trouxe, ademais, grandes benefícios para a humanidade, principalmente na área das tecnológicas, da afirmação da democracia e, até, do respeito aos direitos humanos. Todavia, por causa de sua ambivalência, produziu, também, inúmeras e avassaladoras “[...] desvantagens à sociedade e ao Estado em escala planetária, principalmente sob a forma de aumento da pobreza e do incremento dos riscos ambientais, das drogas, do crime organizado, do terrorismo e, sem dúvida, dos riscos fiscais”.¹⁴³¹ Estes fatores, portanto, fazem eclodir a emergência de novos mecanismos para a proteção da igualdade e da promoção, nos limites da dignidade, do desenvolvimento das pessoas. Com base nisso:

¹⁴²⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 35.

¹⁴²⁸ ARMADA, Charles Alexandre Souza. Uma sociedade global e um novo tempo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 843-850, 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 20 jul. 2021.

¹⁴²⁹ TORRES. Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹⁴³⁰ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Direito, globalização e humanidade**: o jurídico reduzido ao econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. Segundo entendimento do autor, a globalização é um processo, ou seja, “[...] um conjunto de atos e fatos tendentes a um determinado objetivo, no caso, a homogeneização jurídica das relações travadas em mais de um espaço territorial”.

¹⁴³¹ TORRES. Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 125-126.

[...] enquanto os aspectos positivos da globalização econômica são distribuídos de maneira desigual, para os detentores do capital, os aspectos negativos da globalização são distribuídos democraticamente, pois enquanto os habitantes dos países ricos têm condições de consumir produtos de alta tecnologia, como eletrônicos, automóveis, eletrodomésticos etc, a maioria da população dos países pobres nem sequer tem garantida as necessidades básicas para sua sobrevivência.¹⁴³²

Todavia, em Bauman,¹⁴³³ a globalização tem apenas características negativas, visto que não é “[...] restringida, suplementada ou compensada por uma contrapartida positiva que ainda é, na melhor das hipóteses, uma esperança distante, embora também seja, segundo alguns prognósticos, um empreendimento desesperado”. Então, diante da conveniência de agir com liberdade, o lado negativo da globalização é que “[...] especializou-se em quebrar fronteiras demasiado frágeis para aguentar a pressão e em cavar buracos numerosos, enormes e impossíveis de tampar, através das fronteiras que resistiram com sucesso às forças destinadas a rompê-las”.

Como se nota, nem todos os admiráveis avanços da ciência, da tecnológica, da cibernética, dos métodos de comunicação e dos meios de informações, manifestados, particularmente, durante o século XX, se mostraram razoáveis para conter – ou mesmo suavizar – a ascensão das desigualdades sociais, as crises econômicas de espectros globais, os monopólios de capitais, a exploração colonialista e o esvaziamento das instituições jurídico-políticas. Tudo isto porque, a globalização impulsiona, sobremaneira, todos estes e outros problemas e os seus efeitos gera, assim, imensuráveis desafios para a humanidade, nos mais variados níveis e setores, mas, sobretudo, para a economia. Neste sentido, interessante é a comparação realizada por Bauman,¹⁴³⁴ ao refletir que:

À medida que o progresso *tecnológico* oferece [...] novos meios de sobrevivência em habitats antes considerados inadequados para o povoamento, ele também corrói a capacidade de muitos habitats de

¹⁴³² BOZZA, Roseli de Fátima Bialeski. **Direito ao desenvolvimento na era da globalização econômica**: ordem econômica constitucional e as empresas transnacionais. 2012. p. 11. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_ad7643d0b1738389558173eae29bf462. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁴³³ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Tradução de: Liquid fear. p. 126.

¹⁴³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. Tradução de: Wasted lives: modernity and its outcasts.

sustentar as populações que antes acomodavam e alimentavam. [...] o progresso *econômico* faz com que modos efetivos se tornem inviáveis e impraticáveis, aumentando desse modo o tamanho das terras desertas que jazem ociosas e abandonadas (grifos do autor).

Com foco neste panorama, a certeza que se tem é de que o processo de globalização – ou todas estas globalizações – afetam, demaziadamente, os grandes sistemas modernos de organização social, ao criar mundos distintos e gerar conflitos, aparentemente, sem solução. Assim, apresenta-se, especialmente, “[...] um mundo em crise econômica onde as oportunidades e as riquezas são inversamente distribuídas”,¹⁴³⁵ pois as economias voltam-se, somente, para o lucro e acumulação de riqueza, de forma a fomentar desigualdades, má distribuição de renda, exclusão social e miséria, mazelas típicas do capitalismo frenético e da ausência de visão social e coletiva de mundo.

Em razão disto, é nítido que a globalização se conecta, sobretudo, com economia, mercado econômico e comércio de produtos, o que, por sua vez, atua “[...] além das fronteiras dos Estados nacionais reguladores, transformando e diluindo as tênues fronteiras que separam a economia, a administração, a sociedade e a cultura, e engendrando processos ‘pós-nacionais’ que fogem ao controle estatal”.¹⁴³⁶

Portanto, esta dinâmica econômica globalizada limitou a política estatal-nacional, a adequar a sociedade, da forma mais tolerante possível, aos imperativos globais e aos efeitos secundários de uma dinâmica econômica mundial, os quais influenciaram, consideravelmente, a desnacionalização da produção econômica.¹⁴³⁷

Isto ganha ainda maior destaque numa época em que as influências empresariais são ilimitadas, agressivas e se deparam, cada vez menos, com uma oposição organizada. Então, neste ambiente propício, elas tratam de standardizar o poder político de todas as formas possíveis, razão pela qual fica, gradativamente, mais difícil opor-se a elas, o que complica ou impossibilita, paulatinamente, a existência de

¹⁴³⁵ ARMADA, Charles Alexandre Souza. Uma sociedade global e um novo tempo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 850, 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 20 jul. 2021.

¹⁴³⁶ LUBENOW, Jorge Adriano. Globalização econômica, desmonte do estado social e déficit político transnacional: uma análise crítica a partir de Jürgen Habermas. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 43, n. 2, p. 101-102, abr./jun., 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/XBz6fGKGfPKTVcj5Pm7yrds/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁴³⁷ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudo de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Tradução de: Die Einbeziehung des Anderen: studien zur politischen Theorie.

forças, para além do mercado, não-comerciais e democráticas. Eis o paradigma econômico e político que define esta época, ou seja, o neoliberalismo ou o ‘capitalismo sem luvas’.¹⁴³⁸ Nas palavras de Santos¹⁴³⁹ é:

Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal.

Destarte, a partir desta conjectura, a globalização condiz ao momento de internacionalização do capitalismo ou o resultado natural do desenvolvimento deste sistema, o qual, ao operar, amplamente, as grandezas tecnológicas, para intensificar o giro do capital e o retorno rápido de lucros. Considera-se, por conseguinte, que este é um período em que o capital monetário, produtivo ou de conhecimento se deslocam rapidamente entre os países, numa lógica planetária crescente, que valoriza a lucratividade e o consumo. No mesmo sentido, aproximam-se, em todas as partes do globo, os padrões políticos, jurídicos, éticos e culturais, tudo abrilhantado pela abundância do neoliberalismo econômico e conservadorismo político.¹⁴⁴⁰ Segundo crítica de Grau:¹⁴⁴¹

Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais, e arremata – a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito.

¹⁴³⁸ CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** neoliberalismo e ordem global. Tradução Pedro Jorgensen Junior. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Tradução de: Profit over People.

¹⁴³⁹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 09.

¹⁴⁴⁰ LIMA, Lucas Gama. Globalização: uma nova fase do capitalismo? **Revista GeoNordeste**, São Cristóvão, a. 29, n. 1, p. 20-36, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/geonordeste/article/view/7196>. Acesso em: 22 jul. 2021. MIGLIOLI, Jorge. Globalização: uma nova fase do capitalismo? **Crítica Marxista**, Campinas, a. 3, n. 3, p. 140-143, 1996. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/sumario.php?id_revista=3&numero_revista=3. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁴⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 55.

Neste cenário, ao usar do magistério de Belluzzo,¹⁴⁴² segundo o paradigma social hordierno, o capitalismo – agora identificado de maneira reducionista, se comparado a sua originária orientação para o mercado, consoante a ideológica de Adam Smith – não só corresponde aos anseios naturais do homem, como, também, deverá, sempre e para sempre existir. Ou seja, um sistema estruturado, histórico e socialmente, inato e imutável, pois nele “o indivíduo racional maximizador da utilidade é a argamassa da teoria social dominante, tanto da economia como de sua fiel servidora, a ciência política”, isto é a conjectura da racionalidade individual é, assim, “[...] pressuposto metafísico da corrente dominante, necessário para apoiar a construção do mercado como um servomecanismo capaz de conciliar os planos individuais e egoísta dos agentes”.¹⁴⁴³

Em vista disto, normaliza-se a racionalização como a nova ordem para a dominação do mundo e se submete, com isto, à existência das pessoas e às determinações do sistema econômico que, por conseguinte, se afasta das soluções dos problemas fundamentais da humanidade. Neste ponto, Hessel e Morin¹⁴⁴⁴ descrevem o capitalismo atual como um fenômeno de desintegração ou regressão, que assola a humanidade, posto que:

O liberalismo económico, que pretende suceder às ideologias, revela-se como uma ideologia em quebra. Seu *laissez-faire* determinou êxitos parciais, porém, provocou mais empobrecimento que enriquecimento. Sob sua égide, a globalização, o desenvolvimento, a ocidentalização – três caras do mesmo fenômeno – mostraram-se incapazes de tratar dos problemas vitais da humanidade (tradução nossa).

Por tudo isto, na contemporaneidade, as relações interpessoais, em sua maioria, apresentam características tão-somente econômicas e de curta durabilidade, se comparadas a outras estruturas e instituições tradicionais, visto que, numa sociedade economicamente mercadológica, o que se estabelece “[...] é a lei

¹⁴⁴² BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **Ensaio sobre o capitalismo no século XX**. São Paulo: UNESP, 2004.

¹⁴⁴³ BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **Ensaio sobre o capitalismo no século XX**. São Paulo: UNESP, 2004. p. 122.

¹⁴⁴⁴ “El liberalismo económico, que pretende suceder a las ideologías, se revela como una ideología en quiebra. Su *laissez-faire* ha determinado éxitos parciales, pero ha provocado más empobrecimiento que enriquecimiento. Bajo su égida, la globalización, el desarrollo, la occidentalización – tres caras del mismo fenómeno - se han mostrado incapaces de tratar los problemas vitales de la humanidad”. HESSEL, Stéphane; MORIN, Edgar. **El camino de la esperanza**: una llama a la movilización cívica. Traducción Rosa Alapont. Barcelona: Ediciones Destino, 2012. Traducción de: Le chemin de l’espérance. p. 12.

contratual, mediante instituições que, por definição, são tão caracterizadas pelo *status* quanto pelo *contrato*".¹⁴⁴⁵ Isto favorece, frequentemente, o aparecimento do oportunismo, ou melhor, quando as motivações e juízos humanos se abstém de considerações éticas e a natureza de muitas relações sociais, adquirem importância meramente econômica, de forma que a economia tende a se tornar menos produtiva e proveitosa para a realização do corpo social.¹⁴⁴⁶

Com base nisto, o *homo economicus* – ou homem contemporâneo – vive num ambiente submetido à globalização, numa lógica econômica capitalista, que, cada vez mais, valoriza o individual, o competitivo, o consumismo exacerbado, as necessidades supérfluas e as imediatas satisfações pessoais. Em Ferrer,¹⁴⁴⁷ a singularidade do homem, neste sentido, "[...] restringe-se às suas capacidades prodigiosas, física e intelectual, e sua capacidade exclusiva de gerar novas necessidades que vão mais longe do que aqueles derivados de sua subsistência" (tradução nossa). Ou seja, o ser humano agora vive "[...] em função do ganho como finalidade da vida, não mais o ganho em função do ser humano como meio destinado a satisfazer suas necessidades materiais".¹⁴⁴⁸

Logo, é nesta inversão de valores, respaldado pelo capital, que se estabelece a lógica de produção e distribuição dos bens e riquezas. Porém, grande parte da população não consegue se servir, apropriadamente, da exclusiva e excludente racionalidade econômica capitalista neoliberal. Pois, para Bauman, "[...] qualquer um que tenha sido excluído e marcado como refugio, não existem trilhas óbvias para retornar ao quadro dos integrantes".¹⁴⁴⁹ Assim, em linhas gerais, a vida, em espaço contemporâneo, cunhou, sobremaneira, um complexo processo de exclusão social.

¹⁴⁴⁵ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012. Tradução de: Reflexive modernization: politics, tradition and aesthetics in the modern social order. p. 253.

¹⁴⁴⁶ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: On ethics & economics. p. 14.

¹⁴⁴⁷ "La singularidad de hombre, en este aspecto, se constriñe a sus portentosas capacidades, físicas e intelectuales, y a su exclusiva facultad de generar nuevas necesidades que van mucho más de las derivadas de su subsistencia". FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 3, p. 347-368, set./dez. 2013. Disponível em: <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 20 jul. 2021.

¹⁴⁴⁸ WEBER, Max. **A ética protestante e o "espírito" do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Tradução de: Die protestantische ethik und der "geist" des kapitalismus. p. 46.

¹⁴⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. Tradução de: Wasted lives: modernity and its outcasts. p. 25.

Isto é, “a expansão global da forma de vida moderna liberou e pôs em movimento quantidades enormes e crescentes de seres humanos destituídos de formas e meios de sobrevivência [...], no sentido tanto biológico quanto social/cultural”.¹⁴⁵⁰

Para Estefanía,¹⁴⁵¹ as mudanças econômicas oriundas, especialmente, do processo de globalização capitalista, trouxeram com elas novos problemas, tais como a desigualdade e o desemprego. Porém, indiferente a estas questões, que alguns denominam de sociais, mas que, na realidade são, essencialmente, políticas, visto que alteraram a dinâmica dos mercados, ao fazerem livremente suas próprias leis, modificaram os locais de produção, para diferentes partes do globo, movimentaram os capitais, numa velocidade inimaginável, de uma extremidade do planeta para a outra, não conhecem fronteiras, estados ou culturas, zombam das soberanias nacionais, especulam contra moedas, geram recessões e doutrinam os governantes. Ou seja, uma ‘mundialização’ sem regras dos mercados, em que os novos sujeitos de poder são, muitas vezes, guiados somente pela ganância e pelos altos lucros. Em vista disto, “o capitalismo foi longe demais e não responde a problemas como estes citados [...]”.¹⁴⁵²

Então, o que se percebe é que o sistema socioeconômico hodierno padece de esgotamento, haja vista que não alcançou muitas das promessas de realização de um mundo melhor e mais justo para todos, como propugnavam seus percursores. Destarte, não ocasionou maior distribuição da riqueza global, influenciado pelo seu principal membro atuante. A globalização econômica, pelo contrário, aumentou as desigualdades já existentes entre os países, bem como, “[...] acentuou as desigualdades internas no âmbito desses países, entre aqueles trabalhadores ditos globalizados, e aqueles que se situam à margem do núcleo central do sistema”.¹⁴⁵³

Verifica-se, deste modo, que, diante desta instabilidade políticoeconômica do modelo de produção, mais conhecido e difundido em nível planetário, as principais estruturas sociais, também, experimentaram um significativo retrocesso, ao se

¹⁴⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. Tradução de: *Wasted lives: modernity and its outcasts*. p. 14.

¹⁴⁵¹ ESTEFANÍA, Joaquín. **La nueva economía**: la globalización. Debolsillo: Barcelona. 2001.

¹⁴⁵² ESTEFANÍA, Joaquín. **Refundar o capitalismo (outra vez)**. El País, Brasil, 01 mar 2020. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2020/02/28/cultura/1582891433_869353.html. Acesso em: 31 jul. 2021. Não paginado.

¹⁴⁵³ PONT, Juarez Varallo. Estado, política e economia: o antes, o agora e o pós-Covid 19. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 93, p. 103, out. 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/180197>. Acesso em: 31 jun. 2021.

distanciarem de convicções que gerem uma economia mais humana e solidária, bem como, de propostas que, em termos globais, inspirem mudanças em direção ao futuro. Assim sendo, para Hessel e Morin,¹⁴⁵⁴ ante a impotência para enfrentar os principais problemas planetários, o sistema econômico vigente, a menos que crie condições para a sua própria transformação, destina-se a morrer ou a se metamorfosear. Mas, estas modificações só se realizariam após múltiplos processos de reformas, que se fundem para uma nova e verdadeira era de desafios e de posteriores mudanças.

Portanto, fica nítido que a humanidade está diante de uma nova adversidade, qual seja superar os obstáculos que envolveram – e ainda envolvem – a sociedade capitalista, para, assim, erigir a um outro paradigma, que oriente a economia para o futuro, especialmente, em relação às questões que circundam e conduzam as pessoas para um desenvolvimento digno. Neste norte, fixa-se a necessidade de se construir uma alternativa viável e que vise a uma economia que tenha como base o ser humano, e não somente o capital. Em outras palavras:

[...] trata-se de repensar a economia partindo de uma revolução cultural que privilegie a força de uma economia humanista no contexto capitalista, especialmente partindo das forças intelectuais do humanismo hábeis em reabilitar o ser humano como centro da vida, plenamente aplicável a uma economia globalizada. É possível desenhar a cultura humanista na ordem de uma alegria simples pela vida, pela valorização da capacidade humana de excelência, da ação útil a si próprio e aos outros, de uma cultura que liberta, como um desenho de um projeto para uma nova humanidade.¹⁴⁵⁵

Com efeito, pugna-se por uma formação econômica-social em que o humano seja o fim, ao invés de ser meio que conduza poucos homens ao lucro, riqueza e poder, como acontece no regime atual, pois, esta seria, sem dívidas, “[...] questão fundamental que diferenciaria a nova economia das formações passadas, inclusive do modelo capitalista de produção”.¹⁴⁵⁶ Portanto, humanizar a economia significa fornecer

¹⁴⁵⁴ HESSEL, Stéphane; MORIN, Edgar. **El camino de la esperanza**: una llama a la movilización cívica. Traducción Rosa Alapont. Barcelona: Ediciones Destino, 2012. Traducción de: Le chemin de l'espérance.

¹⁴⁵⁵ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. 2015. p. 421-422. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015. Disponível em: http://www.ontopsicologia.org.br/_arquivos/152.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹⁴⁵⁶ PESSOA, Enildo. **Humanização da economia**: caminho para nova ordem econômica. Campinas: Alínea, 2001. p. 22.

uma resposta funcional sobre levar em consideração as pessoas, visto que, ao proporcionar – para a administração do ter – as condições necessárias para que os indivíduos desenvolvam suas virtualidades naturais, de modo a promover a dignidade da pessoa humana, isto é, riqueza existencial, social, ética, científica, artística e cultural, em vez de, apenas, riqueza material.¹⁴⁵⁷

Para Vasquez,¹⁴⁵⁸ o ser humano, por muito tempo, se distanciou, quase que, totalmente, de si, uma vez que, ao competir uns com os outros, esqueceu-se do que é essencial e autêntico no próprio homem, a liberdade, a solidariedade e a equidade. Deste modo, quanto mais o homem é chamado a rivalizar no mercado, mais competem entre si, o que intensifica várias formas de degradação ou desumanização, ou melhor, “[...] os seres humanos são chamados a competir para ver quem alcança um ponto mais alto na escala das paixões materiais, ou seja, uma maior exacerbação dele mesmo. [...], perturbando as próprias regras de coexistência pacífica”¹⁴⁵⁹ (tradução nossa).

Neste contexto, se etimologicamente o termo economia designa o ‘cuidado com a casa’,¹⁴⁶⁰ contemporaneamente se fazem necessárias estruturas que reposicionem o indivíduo como o centro da atividade econômica, com vistas ao seu desenvolvimento e a consolidação de valores sociais, como as estratégias apropriadas para moldar a economia em uma sociedade, que privilegie temas como, por exemplo, a distribuição de renda, educação, a saúde, segurança e habitação, ou seja, onde os homens sejam

¹⁴⁵⁷ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015. Disponível em: http://www.ontopsicologia.org.br/_arquivos/152.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹⁴⁵⁸ VÁSQUEZ, Eduardo Valencia. Principios de economía humanista. **Economía y Sociedad**, Heredia, v. 11, n. 29, p. 5 -26, jan./jun. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/economia/issue/view/99>. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹⁴⁵⁹ “[...] los seres humanos son llamados a competir por ver quien alcanza un punto más alto en la escala de la pasión material, es decir de una mayor exacerbación de la misma. [...] se trastoca las normas mismas de convivencia pacífica”. VÁSQUEZ, Eduardo Valencia. Principios de economía humanista. **Economía y Sociedad**, Heredia, v. 11, n. 29, p. 24, jan./jun. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/economia/issue/view/99>. Acesso em: 03 ago. 2021.

¹⁴⁶⁰ GONÇALVES, Sandro Costa. **Economia circular**: análise e aplicabilidade nas organizações sob a perspectiva da teoria dos stakeholders. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, Universidade Brasil, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.universidadebrasil.edu.br/portal/_biblioteca/uploads/20200313211245.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021. Segundo o autor, o vocábulo economia tem sua origem na junção das palavras gregas *oikos* (casa) e *nomos* (administrar).

respeitados como pessoas e como comunidade.¹⁴⁶¹ Isto significa que é imprescindível resgatar a essência da ciência econômica e converte-la em favor das pessoas, a fim de usá-la como uma ferramenta para a construção do bem comum. Pois:

A grande dívida com a sociedade é precisamente nunca ter formado uma doutrina econômica a serviço dos participantes da sociedade: nem o mercado atribuiu livremente a cada um o que corresponde, nem a economia de comando o fez corretamente. Os dois extremos e suas escalas de cinza são teorias bem estudadas e comprovadas, mas na prática deixaram a miséria, a pobreza e milhões de pessoas injustamente sacrificadas a serviço do modelo econômico atual, distribuindo riqueza e pobreza entre aqui e ali. Entre presente e futuro, ou entre quem já teve e quem nunca teve e não poderá mais ter.¹⁴⁶²

Em outras palavras, pensar em uma economia voltada para o homem quer dizer que não é mais possível continuar a condicionar a vida e o bem-estar das pessoas ao sistema econômico. No entanto, a ciência econômica tem que, na medida de suas possibilidades, encontrar respostas viáveis para solucionar, equanimemente, o problema da otimização de recursos na sociedade, em prol de oportunidades iguais. Isto faz da economia um instrumento a favor do progresso humano, não somente em relação aos avanços tecnológicos, financeiros ou científicos, e sim no sentido humano do termo, visto que “[...] a economia é um meio, que deve servir para o desenvolvimento equilibrado da humanidade, ajudando-nos, como ciência, a selecionar as soluções mais positivas, a evitar os impasses mais perigosos”.¹⁴⁶³

Morin¹⁴⁶⁴ compartilha deste mesmo posicionamento, ao afirmar que, de modo geral, refere-se à reinseção da economia no social, no cultural, no humano, o que quer dizer, fundamentalmente, posicionar a economia em seu devido lugar, como meio, e

¹⁴⁶¹ DI MARCO, Luis Eugenio. El Humanismo económico como opción realista. **Aportes – Revista de la Facultad de Economía**, Puebla, a. XI, n. 33, p. 187-192, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.canaluned.com/resources/pdf/5/0/1286790737705.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

¹⁴⁶² “La gran deuda con la sociedad es justamente no haber formado nunca una doctrina económica al servicio de los participantes de la sociedad: ni el mercado ha asignado libremente a cada uno lo que corresponde ni la economía dirigida lo ha hecho con acierto. Los dos extremos y sus escalas de grises son teorías muy estudiadas y demostradas, pero en la práctica han dejado miseria, pobreza y millones de personas injustamente sacrificadas al servicio del modelo económico de turno, distribuyendo riqueza y pobreza entre los de aquí y los de allá, entre presente y futuro, o entre los que ya tenían y los que nunca tuvieron y ya no podrán tener”. **LA ECONOMÍA al servicio del hombre. El Santafesino**, Santa Fé, 05 ago. 2021. Disponível em: <https://elsantafesino.com/la-economia-al-servicio-del-hombre/>. Acesso em: 05 ago. 2021. Não paginado.

¹⁴⁶³ DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 15.

¹⁴⁶⁴ MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción Núria Petit Fontseré. Madrid: Librería Artheme Fayard, 2011. Tradução de: La Voie.

não como fim último da atuação humana. Sob esta orientação, incontestável é a necessidade de se conceber e compreender uma economia voltada para os pressupostos da humanização e para o desenvolvimento das capacidades inatas do ser humano, uma vez que, em tempo corrente, a questão que se levanta, especialmente, “[...] quando se propõe tal discussão versa sobre a possibilidade de um modo de vida sustentável e as relações que se dão daí são elementares para os processos de humanização e desenvolvimento do ser humano”.¹⁴⁶⁵

Conforme se nota, humanizar a economia pressupõe uma renovação consciente dos valores sociais, promotores do respeito às pessoas, em âmbito individual e coletivo, dado que “o humano precisa ser pensando em sua múltipla relação com a natureza, consigo mesmo e com o outro”.¹⁴⁶⁶ Portanto, negligenciar este processo é o mesmo que preterir o próprio desenvolvimento humano. Em virtude disto, faz-se necessária uma releitura das relações econômica, com ênfase na concretização da justiça, da liberdade e da solidariedade, entre outros valores, os quais, num modelo extremamente competitivo, orientem para o ser e não para o ter. Segundo Unger,¹⁴⁶⁷ isto seria possível:

Se pudéssemos encontrar uma via que nos conduzisse dessas vanguardas insulares a outras, socialmente includentes, teríamos construídos um potente propulsor do crescimento econômico. Teríamos, igualmente, oferecido um antídoto muito mais eficaz do que a mitigação retrospectiva, por meio da tributação progressiva e do gasto social redistributivo, para a desigualdade gerada pelos regimes de mercado atuais.

Mas, como sugere Díaz-Salazar,¹⁴⁶⁸ a solução é, portanto, reativar parâmetros voltados para as liberdades emancipatórias, as quais sejam capazes de recriar uma nova sabedoria planetária, que guie a economia rumo à participação de todos. Neste sentido, parece que “a criação de mecanismos capazes de controlar, estabilizar e

¹⁴⁶⁵ ROCHA, Ozenildo Santos Xavier da. Economia e humanização: desafios éticos atuais. **Revista Davar Polissêmica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 01-16, 2016. Disponível em: <http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/DP/article/view/4/6>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁶⁶ ROCHA, Ozenildo Santos Xavier da. Economia e humanização: desafios éticos atuais. **Revista Davar Polissêmica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 08, 2016. Disponível em: <http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/DP/article/view/4/6>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁶⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **Economia do conhecimento**. Tradução Roberto Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. Tradução de: The knowledge economy, p. 07-08.

¹⁴⁶⁸ DÍAZ-SALAZAR, Rafael. **Desigualdades internacionales: justicia ya**. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

redistribuir os aspectos e funções chave da economia é, neste sentido, crucial”,¹⁴⁶⁹ ou seja, é inevitável, urgente e necessária uma instrumentalização da economia, com medidas mais favoráveis, justas, prósperas e sustentáveis, rumo ao aperfeiçoamento humano da sociedade.

Para tanto, segundo o entendimento de Cruz e Bodnar,¹⁴⁷⁰ uma das vias para se alcançar a humanização da economia seria a democratização do capitalismo, ou melhor, a participação da comunidade na decisão sobre o que e como produzirão, bem como, onde e como distribuirão, especialmente, “[...] pelo acesso ao crédito, através de políticas públicas distributivas e através de um sistema tributário transnacional [...]”, pois, “as democracias representativas atuais estão carentes de uma estrutura ética concebida a partir de valores democráticos conectados com as necessidades da Sociedade globalizada”.

Em Müller,¹⁴⁷¹ a democracia reivindica a inserção de questões sociais nos processos econômicos, visto que o Estado-nação necessita da ajuda de um conjunto de regras internacionais, à medida que não consegue, por si só, oferecer, a título de orientação, o quadro vinculante. Ao contrário, “[...] os processos de mercado, livres do Estado, fazem que a soberania dos estados constitucionais e, não em último lugar, a sua legitimabilidade democrática degenerem paulatinamente em farsa”.

Neste contexto, democratizar o capitalismo, no sentido de distribuir riquezas e fomentar a sustentabilidade econômica, seria requisito essencial para diminuir a possibilidade de um colapso econômico-financeiro global que inviabilize a qualidade de vida no planeta. Sendo assim, para se conseguir um mínimo de justiça social, é necessário, portanto, que se teorize – e depois se aplique – instrumentos de

¹⁴⁶⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 64. *E-book*. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁷⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 35. *E-book*. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁷¹ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? Tradução: Peter Naumann. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, p. 43, Ed. Especial, out. 2000. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=12. Acesso em: 08 ago. 2021.

redistribuição de riquezas, mas também a adoção de novas relações de classe e propriedade, além daquelas já conjecturadas pela modernidade.¹⁴⁷²

Diante disto, Dahl,¹⁴⁷³ defende a ideia de uma democracia avançada, apta a levar seus procedimentos à esfera econômica, por meio da ampla promoção das liberdades individuais e coletivas, do desenvolvimento humano, da capacidade de exercer a autodeterminação, da autonomia moral, da responsabilidade pelas próprias escolhas, bem como pela proteção dos interesses e bens que os seres humanos compartilham entre si. Uma vez que:

Na medida em que a ideia e a prática da democracia se justificam por valores como a liberdade, o desenvolvimento humano e a proteção e promoção dos interesses humanos compartilhados, a ideia e a prática da democracia também pressupõem três tipos de igualdade: a igualdade moral intrínseca de todas as pessoas; a igualdade expressa na premissa de que as pessoas adultas têm direito à autonomia pessoal na determinação do que é melhor para si; e, como consequência destas, a igualdade política entre os cidadãos, conforme ela é definida pelos critérios do processo democrático.¹⁴⁷⁴

Assim, a busca contínua pelo lucro da atividade econômica na atualidade não pode mais ser o único motivo da existência das pessoas. Pelo contrário, o objetivo principal da política – vista pelos olhos da solidariedade, liberdade e igualdade – é a democratização de suas principais estruturas – como a propriedade, por exemplo – o que a capacita como mecanismos econômicos decisórios para que todos os envolvidos exerçam o seu direito de participação, sem medo e de maneira equilibrada. Mas, para que isto ocorra, é necessário um ambiente político que frustre o acúmulo desigual de riquezas e promova, ao mesmo tempo, o desenvolvimento do bem-estar individual e coletivo.¹⁴⁷⁵

¹⁴⁷² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁷³ Dahl, Robert Alan. **A democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: *Democracy and its critics*.

¹⁴⁷⁴ Dahl, Robert Alan. **A democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: *Democracy and its critics*. p. 496.

¹⁴⁷⁵ FRICK, Andres; KALLENBERGER, Werner; NOBS, Peter; REY, Romeo; RIST, Stephan; SOMMER, David; STOCKER, Christian; WICKLI, Johannes; ZBINDEN, Eric. Teses para a democratização da economia. Tradução Paul Gottfried Ledergerber. **Denknetz Debate**. Zürich, p. 01-11, jan. 2021. Disponível em: www.denknetz.ch. Acesso em: 08 ago. 2021.

Inegável, também, a necessidade de a economia resgatar o diálogo com a ética e redefinir as perspectivas hodiernas de progresso e desenvolvimento, que não observem categorias fundamentais de humanização, tais como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a partilha e a auto-realização. No mesmo sentido, afirma Sen¹⁴⁷⁶ que “[...] o fato da economia ter se distanciado da ética empobreceu a economia do bem-estar e também enfraqueceu a base de boa parte da economia descritiva e preditiva”.

Em Rocha,¹⁴⁷⁷ foi com o advento da modernidade que se instalou o processo de separação entre a economia e a ética, pois toda a racionalidade científica e técnica produziu um novo tipo de mundo, que valorizou, sobremaneira, o individualismo, de modo a causar, por vez, uma ruptura entre o ético e a econômico. Assim, os pressupostos morais passaram a não importar para o meio científico racionalizado, o que deslocou leis da esfera natural para a causal e permitiu “[...] a economia sai[r] da tutela da ética para caminhar livremente e autoregulada pelo próprio mercado”.

À vista disto, a ética possui papel fundamental na consecução da humanização da economia, visto que conjectura um olhar mais penetrante sobre as instituições, com a intenção de compreender e estimular a concretização da justiça – especialmente a distributiva –, a plena liberdade e o compromisso de solidariedade. Pontua-se que o paradigma econômico atual se pauta numa lógica de maximização de lucros e não em preocupações éticas de distribuição equitativa dos benefícios gerados pelo crescimento econômico.¹⁴⁷⁸

Segundo Cruz e Bodnar,¹⁴⁷⁹ a ética voltada para o mundo contemporâneo não deve estruturar-se em leis, instituições e conceitos ideológicos ultrapassados, mas, sim, na contemplação de concepções, princípios e ideais de uma vida justa, autônoma

¹⁴⁷⁶ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: On ethics & economics. p. 49.

¹⁴⁷⁷ ROCHA, Ozenildo Santos Xavier da. Economia e humanização: desafios éticos atuais. **Revista Davar Polissêmica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 05, 2016. Disponível em: <http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/DP/article/view/4/6>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁷⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁷⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 127. *E-book*. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

e digna, os quais, por sua vez, darão suporte às regras, entidades e ascepções que, vinculadas à cultura de um povo, farão parte da constituição de um todo, inclusive transborda as fronteiras nacionais. Para tanto, é necessário uma “[...] ética emancipada, vocacionada para a compreensão global das múltiplas e complexas relações que ocorrem na comunidade de vida, capaz de identificar nos seres humanos, dotados de razão e inteligência [...]” a sua responsabilidade pelo cuidado com o próprio homem, especialmente em tempos de tecnologia cruel e insensível.

Neste caminho, Morin¹⁴⁸⁰ destaca, também, que uma outra questão a ser considerada – rumo a uma economia voltada para o humano – é a maneira como se adota o termo de crescimento/desenvolvimento, ou seja, como utilizam-no, indiscriminadamente, como um motor infalível, que soluciona todos os problemas econômicos da sociedade, quando, na verdade, o crescimento não é infinito, e nem pode ser, pois deve constituir-se por uma série de crescimentos, decrescimentos e estabilizações, dado ser impossível que, num mundo finito, o crescimento seja infinito.

Portanto, esta compreensão – crescimento/decrescimento – proposta pelo autor, prevê, alternadamente, situações de crescimento com momentos de decrescimento, ou seja, acontecimentos que envolvam energias verdes e renováveis, transportes públicos, economias plurais, circulares, sociais e solidárias, planejamento urbano, agricultura e pecuária tradicional e biológica devem, por exemplo, crescer. Mas, em contrapartida, deve incentivar a redução de patologias, como o consumismo, a produção de alimentos industrializados e de objetos descartáveis, a existência de intermediários sobre a produção e o consumo, o tráfego de automóveis particulares e transporte rodoviário e, especialmente, a mudança de postura quanto à exploração dos recursos naturais planetários, visto que são recursos finitos.¹⁴⁸¹ Em Morin,¹⁴⁸² tudo isso significa que, para a sociedade economicamente humanizada:

¹⁴⁸⁰ MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción Núria Petit Fontseré. Madrid: Librairie Artheme Fayard, 2011. Tradução de: La Voie.

¹⁴⁸¹ MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción Núria Petit Fontseré. Madrid: Librairie Artheme Fayard, 2011. Tradução de: La Voie.

¹⁴⁸² “[...] el objetivo ya no es fundamentalmente el desarrollo de los bienes materiales, la eficacia, la rentabilidad y lo calculable; también lo es que las personas atiendan a sus necesidades interiores, que se fomenten las aptitudes para comprender a los demás, ya sean próximos o lejanos, que se vuelva al tiempo lento del propio ritmo interior, no entrecortado ni estrictamente cronometrado. La involución implica mantener la inserción en la propia cultura y en la propia comunidad, dando prioridad a la calidad poética del vivir”. MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción Núria Petit Fontseré. Madrid: Librairie Artheme Fayard, 2011. Tradução de: La Voie. p. 36-37.

[...] o objetivo não são mais fundamentalmente o desenvolvimento dos bens materiais, da eficiência, da lucratividade e do calculável; também é importante que as pessoas atendam às suas necessidades interiores, que se promovam as aptidões para compreender os outros, estejam eles próximos ou distantes, que retornem ao tempo lento de seu próprio ritmo interior, não agitado ou estritamente cronometrado. Essa involução implica em manter o indivíduo inserido em sua própria cultura e comunidade, priorizando a qualidade poética de viver (tradução nossa).

Logo, não se pode olvidar que, conforme as palavras de Armada,¹⁴⁸³ “as diferentes características culturais e os diferentes estágios em que os povos se encontram devem ser levados em consideração na análise da questão do desenvolvimento”. Assim sendo, esta perspectiva de descrescimento apresenta, sem dúvidas, o símbolo da solidariedade, em oposição ao capitalismo egocêntrico vivenciado contemporaneamente. De acordo com Morin,¹⁴⁸⁴ a economia liberal trouxe “[...] pobreza e miséria, e, em todo o mundo, o Estado, incluindo o estado de bem-estar [...], é ineficaz, quando não resignado. Por ele, uma nova cultura é imposta que abre e desenvolve uma terceira via, baseada na solidariedade”.

Pois bem, para Boff,¹⁴⁸⁵ deveria, em uma economia humanizada, existir a integração da solidariedade com a política, ou seja, precisam assumir ela, conscientemente, como um projeto político, para constituir o alicerce das relações sociais e resgatar, assim, a tradição da solidariedade que existia nos primórdios da humanidade, visto que, “[...] no mundo atual, pelo movimento da globalização, foram abertos novos pressupostos democráticos que impulsionam a uma exigência de uma maior solidariedade universal e um desenvolvimento comum solidário”.¹⁴⁸⁶

Deste modo, uma economia associada à solidariedade representaria, na prática, a correlação entre a colaboração e a valorização cultural dos direitos humanos

¹⁴⁸³ ARMADA, Charles Alexandre Souza. Por uma nova economia. **Caderno Científico CECIESA – GESTÃO**. Itajaí, v. 1, n. 1, p. 08, 2015. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/cccg/issue/view/350/showToc>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁴⁸⁴ “[...] pobrezas y miserias, y, en todo e! mundo, e! Estado, incluido e! estado de bienestar [...], resulta ineficaz, cuando no dimisionario. Por ello, se impone una nueva cultura que abra y desarrolle una tercera vía, basada en la solidaridad”. MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción Núria Petit Fontseré. Madrid: Librairie Artheme Fayard, 2011. Tradução de: La Voie. p. 117.

¹⁴⁸⁵ BOFF, Leonardo. **Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Brasília: Letraviva, 2000.

¹⁴⁸⁶ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional: uma proposta de economia humanista**. 2015. p. 415. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do itajaí, Itajaí, 2015. Disponível em: http://www.ontopsicologia.org.br/_arquivos/152.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

e sociais, do meio ambiente, da distribuição do poder social e político, da promoção e geração de oportunidades e renda e do combate à exclusão social. Em outras palavras, uma sociedade onde o ser humano figuraria como sujeito e finalidade das questões econômicas, e não a concentração de bens e riquezas. Em verdade, haveria a verificação de:

[...] uma política de realização dos direitos fundamentais, a valorização do indivíduo, colocando-o como centro do direito, eixando de lado o individualismo formalista e o entendimento do patrimônio como um fim em si mesmo, para apoiar medidas solidárias, na busca da dignidade de todos os indivíduos.¹⁴⁸⁷

Porém, esta alternativa de aproximação entre economia e solidariedade só seria viável diante do investimento no desenvolvimento de ações e mecanismos que garantam a autonomia econômica, em especial em nível regional, de modo a reposicioná-la a serviço do homem. Neste sentido, conhecer, repensar e implementar outros modelos econômicos, sobretudo aqueles que defendem o desenvolvimento sustentável, digno, justo, não acumulativo e fraterno seria de extrema importância para uma mudança de paradigma da atuação econômica, principalmente no viés da humanização, e não voltado, unicamente, para a maximização de utilidade e lucro.

Assim, modelos econômicos contemporâneos, como o Sustentável, o Colaborativo, o Verde, o Circular, bem como, o Solidário,¹⁴⁸⁸ forneceriam ferramentas

¹⁴⁸⁷ BOZZA, Roseli de Fátima Bialeski. **Direito ao desenvolvimento na era da globalização econômica**: ordem econômica constitucional e as empresas transnacionais. 2012. p. 128. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_ad7643d0b1738389558173eae29bf462. Acesso em: 24 jul. 2021.

¹⁴⁸⁸ GONÇALVES, Sandro Costa. **Economia circular**: análise e aplicabilidade nas organizações sob a perspectiva da teoria dos stakeholders. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, Universidade Brasil, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.universidadebrasil.edu.br/portal/_biblioteca/uploads/20200313211245.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021. Para o autor à Economia Sustentável, em linhas gerais, é uma abordagem econômica que, juntamente ao lucro, foca na qualidade de vida das pessoas e harmonia com a natureza, sendo o indivíduo o centro do processo de desenvolvimento. A Economia Solidária, por sua vez, fundamenta-se em princípios como a propriedade coletiva, no capital associado e no direito à liberdade. Já a Economia Colaborativa, baseia-se na troca de produtos e serviços e não na acumulação e lucratividade. Na Economia Verde, as principais características são o uso eficiente dos recursos naturais, inclusão social, consumo consciente, reciclagem, reutilização de bens, uso de energia limpa, valorização da biodiversidade, dentre outras maneiras de melhorar o bem-estar da humanidade e igualdade social. A Economia Circular, a seu turno, conceitua-se, principalmente, pela inteligência da natureza, em que os resíduos da produção são considerados insumos para gerar novos produtos.

que ajudariam, sobremaneira, a trilhar novos caminhos para se alcançar uma organização social, minimamente, humanizada, pois lançam olhares diferenciados para a economia, visto que, não visam somente à maximização da produção e da riqueza individual, mas defendem, também, as pessoas, sua qualidade de vida e bem-estar. Pois,

Um mundo que considera os impactos determinados pela atuação desenfreada do *homo economicus* tenta experimentar alternativas que garantam a subsistência, não apenas do homem, mas do próprio planeta. O novo mundo tenta emergir em meio às crises planetárias na prática de uma nova economia, mais humanizada, mais solidária (grifos do autor).¹⁴⁸⁹

Neste mesmo sentido, resta claro, também, a necessidade de se discutir o surgimento – ou estabelecimento – de um novo paradigma para o direito, que se respalde, sim, em elementos científicos e teóricos, mas que, acima de tudo, seja um modelo que diferencie e conscientize, verdadeiramente, o ser humano, inteligente, criativo, racional e razoável dos demais seres vivos, de forma a torná-lo o grande promotor da preservação da natureza, da vida social e do próprio homem, ao contrário do que se verifica atualmente. A partir deste contexto, o direito demandará respostas mais eficazes e que melhor oriente e harmonize as diversas relações implicadas que emergiram – e emergem todos os dias – na sociedade complexa.¹⁴⁹⁰

Isso porque, o que se vê, contemporaneamente, é uma clara primazia econômica em face do jurídico. Onde “o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo”.¹⁴⁹¹ Assim, ao alinhar o sistema judicial às necessidades da economia, mas, muitas vezes, com abuso dos sujeitos, seus direitos essenciais são desprezados em favor do desenvolvimento do mercado econômico. Diante disto, produz-se, na esfera jurídica, uma ruptura do antigo para o

¹⁴⁸⁹ ARMADA, Charles Alexandre Souza. Por uma nova economia. **Caderno Científico CECIESA – GESTÃO**. Itajaí, v. 1, n. 1, p. 01-11, 2015. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/cccg/issue/view/350/showToc>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁴⁹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da. O giro econômico do direito ou novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do direito democrático no século XXI. *In*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **O direito e o futuro: o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 224.

contemporâneo, ou seja, implica-se, agora, na necessidade de mudanças no modelo outrora vigente, para uma abordagem racional moderna e orientada para valores efetivos, como são “[...] os direitos dos cidadãos comuns”.¹⁴⁹²

Claro que, com base nestas premissas, o direito encontraria, igualmente, o seu papel na humanização da economia, especialmente quando se observa ele na perspectiva do pragmatismo jurídico, uma vez que “pensar o direito sob a ótica pragmatista, implica em compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes”.¹⁴⁹³ Aqui os julgadores são os protagonistas da realidade jurídica, ou seja, criam o direito a partir da análise, e posterior aplicação, das diferentes possibilidades de solução para uma situação em concreto, e dentre elas, optará por aquela que melhor se adequar às necessidades e emergências dos indivíduos no presente e no futuro. Em verdade, o Direito ganharia, neste cenário, “[...] novo impulso e força a partir de um novo paradigma para influenciar positivamente os destinos da vida comunitária e os destinos da humanidade”.¹⁴⁹⁴

Para Sen,¹⁴⁹⁵ uma economia voltada para o bem-estar das pessoas pode ser um meio para superar muitas desigualdades e a ausência de ética, além de proporcionar liberdade. Acrescenta-se que o enriquecimento de poucos em prol do empobrecimento de muitos, é uma maneira de negação a direitos fundamentais, entre eles o direito ao desenvolvimento. Então, a economia precisa parar de contemplar, demasiadamente, os mais ricos e começar a trabalhar a favor de todas as pessoas, o que, sem dúvida, perpassa pela esfera jurídica, sua influência e necessidade na solução dos complexos conflitos do presente.

Já segundo o Oxfam Brasil, a situação poderia ser diferente se existissem governos mais responsáveis e visionários, empresas que dedicassem maior interesse

¹⁴⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. p. 08.

¹⁴⁹³ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019. Não paginado.

¹⁴⁹⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 52. *E-book*. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁴⁹⁵ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

aos trabalhadores e produtores, valorização do meio ambiente, dos direitos das mulheres e um sistema vigoroso de justiça fiscal, ou seja, elementos essenciais para uma economia mais humana, “[...] na qual as pessoas, não os lucros, são mais importantes e que prioriza os mais vulneráveis”,¹⁴⁹⁶ dado que a humanidade tem incríveis talentos e “[...] uma riqueza enorme e uma imaginação infinita. Precisa-se fazer com que estes elementos operem no sentido de criar uma economia mais humana, que beneficie a todos, não apenas a uns poucos privilegiados”.¹⁴⁹⁷

Em Atkinson,¹⁴⁹⁸ para que a economia seja mais igualitária – e por vez humana – seria necessária a elaboração e a implementação de algumas medidas genuínas e concretas, que ajudariam no problema da desigualdade. Sendo assim, mudanças, como inovações tecnológicas que aumentem a empregabilidade, políticas compensatórias, medidas de garantam emprego e remuneração adequada, compartilhamento de capital, tributação progressiva e seguridade social para todos, seriam capazes de reduzir a desigualdade de rendas e, também, fazer com que sua redistribuição fosse mais eficiente.

Por fim, as reflexões apresentadas em linhas passadas designam um enfoque da realidade engendrada no antagonismo econômico global dos mercados, nos avanços tecnológicos, que impactam a sociedade, no capital econômico-financeiro, que circulam sem fronteiras e nos recursos humanos e naturais, utilizados, muitas vezes, indiscriminadamente. Este contexto não será, certamente, transformado ou substituído espontaneamente, visto que carrega consigo a influência e o magnetismo vindo do dinheiro, o que, em nome de alguns e de políticas contraditórias, geram a perda de muitos, para que poucos ganhem.

Ou seja, nas palavras de Santos,¹⁴⁹⁹ uma nova paisagem social “[...] supõe uma mudança radical das condições atuais, de modo que a centralidade de todas as ações

¹⁴⁹⁶ UMA ECONOMIA para os 99%: chegou a hora de promovermos uma economia humana que beneficie a todos, não apenas a uns poucos privilegiados. *In: Documento Informativo da Oxfam*, São Paulo, p. 01-53, janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.oxfam.org.br>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 03.

¹⁴⁹⁷ UMA ECONOMIA para os 99%: chegou a hora de promovermos uma economia humana que beneficie a todos, não apenas a uns poucos privilegiados. *In: Documento Informativo da Oxfam*, São Paulo, p. 01-53, janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.oxfam.org.br>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 07.

¹⁴⁹⁸ ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade**: o que pode ser feito? Tradução Elisa Câmara. São Paulo: LeYa, 2015. Tradução de: *Inequality: what can be done?*

¹⁴⁹⁹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 72.

seja localizada no homem”, pois, atualmente, o âmago está no dinheiro, “[...] em estado puro como motor primeiro e último das ações, o homem acaba por ser considerado um elemento residual”. Daí a feroz deturpação do real sentido da vida humana, em suas mais variadas dimensões, como o trabalho, a cultura, o lazer, os valores pessoais e, até mesmo, a constituição dos espaços geográficos, uma vez que, o que se privilegia são as relações específicas entre os grandes atores sociais.

Entretanto, “[...] a busca de um futuro diferente tem de passar pelo abandono das lógicas infernais que, dentro dessa racionalidade viciada, fundamentam e presidem as atuais práticas econômicas e políticas hegemônicas”. Então, vale destacar que:

A primazia do homem supõe que ele estará colocado no centro das preocupações do mundo, como um dado filosófico e como uma inspiração para as ações. Dessa forma, estarão assegurados o império da compaixão nas relações interpessoais e o estímulo à solidariedade social, a ser exercida entre indivíduos, entre o indivíduo e a sociedade e vice-versa e entre a sociedade e o Estado, reduzindo as fraturas sociais, impondo uma nova ética, e, destarte, assentando bases sólidas para uma nova sociedade, uma nova economia, um novo espaço geográfico. O ponto de partida para pensar alternativas seria, então, a prática da vida e a existência de todos.¹⁵⁰⁰

Assim, salienta-se que, uma economia de viés humano preza por sociedades melhores e justas que – em tempos sombrios como os da pandemia da Covid-19,¹⁵⁰¹ por exemplo, onde as contradições entre a economia e a vida humana ficaram mais visíveis – poderia ter-se evitado, em especial, situações como a flexibilização e precarização das condições e vínculos trabalhistas, a diminuição de direitos sociais, um cenário sanitário inadequado, a existência de moradias inapropriadas para sobrevivência digna, os efeitos nefastos da destruição ambiental e, sobretudo, a degradação da esfera política que, sem dúvidas, dificulta o desenvolvimento de políticas públicas emergenciais que, de fato, auxiliaram e representaram um cominho para a eliminação de problemas e a crise econômico-social enfrentada pela sociedade complexa atual.

¹⁵⁰⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 72.

¹⁵⁰¹ Conveniente destacar que o problema de pesquisa que guia essa Tese foi formulado muito antes da Pandemia de Covid 19 desencadeada no de 2020, porém, a situação deixou, ainda mais, latente os problemas sociais, políticos e econômicos enfrentados pela sociedade contemporânea.

Pois, conforme nos lembra Atkinson¹⁵⁰², a sociedade “[...] enfrenta grandes problemas, mas coletivamente, não estamos desamparados diante de forças fora do nosso controle”. Isto quer dizer que, mesmo diante dos lastimáveis problemas enfrentados pela humanidade, ainda é possível construir uma outra realidade, especialmente, quando baseada em “[...] propostas concretas, inovadoras e convincentes cujo o objetivo é demonstrar que sempre existem alternativas [...]”,¹⁵⁰³ principalmente por meio de uma reforma radical da economia.

Porém, pressupõe-se que, além de tudo que foi dito até aqui, é necessário encarar os desafios da complexa sociedade atual. Para tanto, necessário se faz conhecer as complexidades do pensamento contemporâneo, provocação que terá por objetivo o tópico seguinte.

5.2 Da complexidade da sociedade contemporânea:¹⁵⁰⁴ a transdisciplinariedade para uma adequada compreensão da realidade social

Ao se tratar do mundo contemporâneo, a globalização é um fenômeno que sempre se destaca, conquanto seja um evento que expandiu as inter-relações, em especial as de natureza econômica, entre os países, numa escala mundial. Rios,¹⁵⁰⁵ neste sentido, afirma que “as principais transformações acarretadas pela globalização situam-se no âmbito da organização econômica, das relações sociais dos padrões de vida e cultura, das transformações do Estado e da política”. Santos,¹⁵⁰⁶ por sua vez, a define como:

[...] um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social: da globalização dos sistemas produtivos e financeiros a revolução da tecnologias e praticas de informação e de comunicação; da erosão do Estado Nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial de desigualdade sociais; das grandes movimentações fronteiriças de pessoas (como emigrantes, turistas e

¹⁵⁰² ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade**: o que pode ser feito? Tradução Elisa Câmara. São Paulo: LeYa, 2015. Tradução de: *Inequality: what can be done?* p. 23.

¹⁵⁰³ PIKETTY, Thomas. Uma visão prática de uma sociedade mais igualitária. In: ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade**: o que pode ser feito? Tradução Elisa Câmara. São Paulo: LeYa, 2015. Tradução de: *Inequality: what can be done?* p. 13.

¹⁵⁰⁴ Neste momento, convém avisar ao leitor que não se tratará nesse estudo da complexidade sistêmica de matriz luhmanniana e outros autores.

¹⁵⁰⁵ RIOS, Terezinha Azerêdo. **Compreender e ensinar**: por uma docência da melhor qualidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 25.

¹⁵⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Prefácio à edição brasileira. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 11.

refugiados) ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.

Assim, alicerçada em promessas como a criação de melhores oportunidades para os indivíduos, a globalização afastou, sobremaneira, a atenção de realidades, absurdamente, perturbadoras, tais como desemprego estrutural, o aniquilamento de ecossistemas, a exclusão social, o uso arbitrário do poder político, a destruição de culturas e a corrosão de valores étnicos e éticos. Com isto, restou exposto e vulnerável, também, o modelo econômico vigente, que agora superestima o capital, em detrimento do bem-estar e da qualidade de vida das pessoas, tudo em benefício da produção e do lucro.

Então, ao representar uma série de mudanças de grandes proporções, que acarretaram novas e profundas demandas sociais, a globalização alterou, significativamente, todas as esferas da sociedade que, agora, experimenta um período de transição paradigmática, “[...] cujas transformações que se operam no mundo inteiro, principalmente em decorrência dos avanços da ciência e da tecnologia, continuam a marcar, fortemente, as sociedades no século XXI”.¹⁵⁰⁷ Diante disto, manifesta-se a necessidade de uma outra maneira de agir, pensar e conviver coletivamente, pois “[...] conceitos complexos [...] vão se constituindo em processos irreversíveis no mundo inteiro, provocando mudanças em diversos setores sociais [...]”.¹⁵⁰⁸

Nesta sequência, observa-se que a realidade da sociedade atual é, em grande parte, um reflexo dos avanços das ciências, as quais, nos mais diferentes campos, direcionam a vida das pessoas, o que, sem dúvidas, resultou em efeitos positivos, mas, também, em consequências negativas. Isto é, positivo quando “[...] permite uma maior aproximação entre as pessoas, diminuindo o esforço para a realização de tarefas e propiciando descobertas que têm favorecido a qualidade de vida e, enfim,

¹⁵⁰⁷ PINHO, Maria José de; MEDEIROS, Thalita Melo de Souza; RIBEIRO, Josivânia Sousa Costa. Complexidade e transdisciplinaridade: novos caminhos para a educação do século XXI. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.5, n. 3, p. 282, 2018. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/636>. Acesso em: 17 ago. 2021.

¹⁵⁰⁸ PINHO, Maria José de; MEDEIROS, Thalita Melo de Souza; RIBEIRO, Josivânia Sousa Costa. Complexidade e transdisciplinaridade: novos caminhos para a educação do século XXI. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.5, n. 3, p. 282, 2018. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/636>. Acesso em: 17 ago. 2021.

levado a uma série de benefícios para o homem e a sociedade”.¹⁵⁰⁹ Todavia, o apogeu técnico-capitalista, típico deste tempo, gerou, também, incrementos nos resultados, tal qual a disparidade entre pobres e ricos, a instabilidade dos valores humanos e a excessiva desigualdade social.

Importante frisar então, nesta conjectura, que muitas das características da sociedade moderna foram substituídas, ou alteradas, na contemporaneidade, do que emergiu uma sociedade, dita, complexa. Para Giddens,¹⁵¹⁰ na ‘alta modernidade’, “[...] a influencia de acontecimentos distantes sobre os próximos, e sobre as intimidades do eu, se torna cada vez mais comum”, visto que, “o mundo em que agora vivemos, assim, é em certos aspectos profundos muito diferente daquele habitado pelos homens em períodos anteriores da história”. Lyotard,¹⁵¹¹ ao tratar da ‘condição pós-moderna’ – que alterou, significativamente, a sociedade – aponta-se que esta é uma fase em que ocorreram radicais transformações na forma que se elabora, partilha e, sobretudo legítima, o saber, nas mais avançadas áreas pensamento ocidental.

Segundo Cenci e Marcon,¹⁵¹² as sociedades complexas se destacam por apresentarem novas formas de organização social, pautadas, em especial, em tecnologia de ponta, meios de comunicação em massa, mudanças políticas e econômicas, virtualização da vida, alterações no campo do trabalho, reconhecimento de pluralidades, enfraquecimento das autoridades e das instituições estatais, surgimento de espaços de socialização, acentuação dos movimentos migratórios, intensificação do discurso homogêneo do capital financeiro, mercantilização da vida, dentre outras situações que, “[...] originam novos e diferentes modos de configuração das instituições, da vida social e da subjetividade, o que nos permite compreender as

¹⁵⁰⁹ ROBERTO, Ana Carla Junqueira Meirelles. **Teoria da complexidade:** uma contribuição para o serviço social. 2008. p. 56. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/17918>. Acesso em: 16 ago. 2021.

¹⁵¹⁰ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade.** Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. Tradução de: *Modernity and self-identity: self and society in the late modern age*. p. 12.

¹⁵¹¹ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009. Tradução de: *La Condition Postmoderne*.

¹⁵¹² CENCI, Ângelo Vitorio; MARCON, Telmo. Sociedades complexas e desafios educativos: individualização, socialização e democracia. In: MÜHL, Eldon Henrique; DALBOSCO, Cláudio Almir; CENCI, Ângelo Vitorio (org.). **Questões atuais de educação:** sociedade complexa, pensamento pós-metafísico, democracia e formação humana. Ijuí: EdUnijui, 2016. p. 112.

sociedades contemporâneas sob a denominação de sociedades complexas”. Conforme dizeres de Nunes,¹⁵¹³ no mesmo sentido:

As sociedades, que já haviam crescido muito, tornaram-se ainda mais complexas. O mundo começou a assistir ao nascimento das sociedades globalizadas, que tiveram início com as chamadas sociedades de consumo de massa, e as indústrias passaram a produzir em série e em larga escala. É verdade que esse processo já havia se iniciado em alguns setores antes, no começo do século XX. Porém, com o advento da tecnologia de ponta, dos sistemas de automação, da robótica, da telefonia por satélite, das transações e transferências eletrônicas, da computação e microcomputação etc., a velocidade da transformação tomou um corpo jamais imaginado até meados desse século.

Por tudo isto, a sociedade atual transgrediu ao tradicional, ao caracterizar-se pelo pluralismo, pela diversidade, pelo dinamismo e pelas inter-relações culturais. Assim, em tradicionais coletividades, os indivíduos se socializam linearmente e limitados no tempo e espaço. Já “[...] as sociedades complexas rompem com essa condição, ao instituir, [...], novas formas de socialização que estão para além da noção tradicional de localidade e de tempo”. Diante disto, observa-se que todas estas transformações impactaram os mais diferentes contextos de organização social e, por serem recentes, diferentes e efetivas, tornaram as sociedades complexas, em comparação com as experimentadas em épocas anteriores.¹⁵¹⁴

Para Pierano,¹⁵¹⁵ na sociedade complexa existe uma diversificação dos processos de integração nacional, que são alterados e afetam os acontecimentos, ao que tudo indica, singulares e isolados. Destarte, os fenômenos variam de acordo com “[...] diferentes extratos sociais, em termos regionais, em termos de agentes que desenvolvem políticas nacional, em termos dos mecanismos espontâneos da própria sociedade civil, em termos da autodefinição dos membros de uma sociedade etc.”, tudo isto, incorporado a um quadro, aparentemente, cada vez mais universal. Diante

¹⁵¹³ NUNES, Rizzatto, **Manual de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 319.

¹⁵¹⁴ TREVISOL, Marcio Giusti; FÁVERO, Altair Alberto. A mudança das categorias de espaço e tempo nas sociedades complexas e suas implicações no processo formativo na educação superior. **Revista Internacional de Educação Superior**, Campinas, v. 4, n. 3, p. 651, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/riesup/article/view/8652319>. Acesso em 14 ago. 2021.

¹⁵¹⁵ PIERANO, Marisa Gomes e Souza. Etnocentrismo às avessas: o conceito de “sociedade complexa”. **Revista Dados**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 113-114, 1983. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xTUHBUVS10pIO8or-NunQ-mM-m47fuXA/edit>. Acesso em: 12 ago. 2021.

deste cenário, a expressão sociedade complexa foi cunhada para ser capaz de desempenhar os estudos sobre as sociedades ‘não simples’, ou aquelas que as antecederam.

Na ótica de Neres,¹⁵¹⁶ estas novas características sociais – principalmente as trazidas pelas inovações das ciências tecnológicas – causam efeitos colaterais, dificuldades nunca antes imaginadas, manifestações problemáticas que ultrapassam os limites da individualidade e da temporalidade, de modo que passa a expor cada pessoa, toda a coletividade e, até, as futuras gerações. Ou seja, uma complexidade que torna difíceis as análises dos acontecimentos por uma só ciência. Para Ianni, “a reflexão sobre a sociedade global, em suas configurações e movimentos, transborda os limites convencionais desta ou aquela ciência social”.¹⁵¹⁷

Entretanto, segundo o entendimento de Baumgarten,¹⁵¹⁸ a sociedade sempre foi complexa e a realidade atual é, somente, a expressão desta complicação, posto que os problemas que agora se manifestam são multidimensionais e os contrastes são, muito mais, volumosos. Portanto, o ser humano – de vivência alienada por suas próprias mãos – fragiliza-se e desfaz seus laços de solidariedade em prol de contradições irreduzíveis, que emergem no cotidiano social, e, com efeito:

A mecanização assume o controle do que não é mecânico: a complexidade humana. A existência concreta é maltratada. O reinado anônimo do dinheiro progride ao mesmo tempo que o reinado anônimo da tecno-burocracia. Os fatores de estímulo são também desintegradores: o espírito de competição e de êxito desenvolve o egoísmo e dissolve a solidariedade.¹⁵¹⁹

-
- ¹⁵¹⁶ NERES, Wilson André. **A globalização e a regulação da complexidade social por meio de sistemas jurídicos e suas redes sancionatórias**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3098?show=full>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- ¹⁵¹⁷ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 248.
- ¹⁵¹⁸ BAUMGARTEN, Maíra. Sociedade e conhecimento: ordem, caos e complexidade. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 8, n. 15, jan./jun. 2006, p. 16-23. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/SkB5rMnKt4jY5nZvqzG8p5y/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- ¹⁵¹⁹ MORIN, Edgar; KERN, Anne-Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2003. Tradução de: Terre-Patrie. p. 84.

Neste sentido, Morin¹⁵²⁰ adverte que existe, efetivamente, a necessidade de um pensamento que, diante das contradições da realidade:

[...] reconheça e examine os fenômenos multidimensionais, em vez de isolar; de maneira mutiladora, cada uma de suas dimensões; [...] que reconheça e trate as realidades, que são, concomitantemente solidárias e conflituosas (como a própria democracia, sistema que se alimenta de antagonismos e ao mesmo tempo os regula).

Assim, a sociedade hodierna tornou-se um ambiente complexo que, por vezes, está na emergência de um novo paradigma, o da complexidade, que a reconheça “[...] num nível tal que seria impossível ao indivíduo compreender sozinho essa nova realidade, evidenciada a partir de novos elementos e nas novas relações entre esses elementos”.¹⁵²¹ À vista disto, o homem também precisa ser visto de maneira diferente, ou seja, “[...], como ser complexo. Esse novo pensamento implica a renúncia ao determinismo, ao reducionismo e à linearidade causal imposta pelo pensamento tradicional, cartesiano”.¹⁵²²

Ainda que a visão racionalista cartesiana¹⁵²³ de mundo tenha influenciado, sobremaneira, para uma elevada especialização das ciências no último XX, ela ocasionou, também, avanços tecnológicos, até então inimagináveis para a humanidade, visto que são, igualmente, inegáveis as descobertas científicas, como a teoria da relatividade geral, a teoria do Big Bang, a teoria quântica, bem como a estrutura do Ácido Desoxirribonucleico (DNA) e a decifração do genoma humano. No

¹⁵²⁰ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. 22. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de: *La Tête Bien Faite – Repenser la réforme, réformer la pensée*. p. 88-89.

¹⁵²¹ NERES, Wilson André. **A globalização e a regulação da complexidade social por meio de sistemas jurídicos e suas redes sancionatórias**. 2012. p. 10. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3098?show=full>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁵²² ALVARELI, Luciani Vieira Gomes. **Auto-heteroecoformação tecnológica experienciada por um professor atuante na plataforma moodle sob a perspectiva da Complexidade**. 2012. Tese (Doutorado em Linguística Aplicada e Estudos da Linguagem) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/13564>. Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁵²³ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos. **Revista CEJ**, Brasília, a. 13, n. 46, p. 78-86, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23672.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021. Segundo entendimento do autor, no cartesianismo – movimento filosófico criado por René Descartes – os postulados necessários para o alcance da verdade científica estão assentados no racionalismo, na fragmentação, na redução e no objetivismo, ou seja, em conhecimentos lógicos-dedutivos e mecanicistas.

entanto, “[...] a superespecialização, ao passo que possibilitou uma grande evolução científica, chegou ao seu limite, impossibilitando o aprofundamento do conhecimento em determinadas áreas”,¹⁵²⁴ e, em razão disto, tornou-se necessário uma reforma do pensamento linear tradicional, para contextualizá-lo com o complexo, pois, desta maneira:

Vai gerar um pensamento que liga e enfrenta a incerteza. O pensamento que une substituirá a causalidade linear e unidirecional por uma causalidade em círculo e multirreferencial; corrigirá a rigidez da lógica clássica pelo diálogo capaz de conceber noções ao mesmo tempo complementares e antagonistas, e completará o conhecimento da integração das partes em um todo, pelo reconhecimento da integração do todo no interior das partes.¹⁵²⁵

Isto posto, sendo a complexidade uma perspectiva própria do mundo – da sociedade e do homem – a qua existe em todas as esferas da vida e na totalidade das espécies, desde as mais simples criaturas até as relações mais dinâmicas pertencem a uma rede complexa da vida a ser acolhida pelas ciências. Em vista disto, Morin¹⁵²⁶ afirma que:

O aprendizado da vida deve dar consciência de que a “verdadeira vida”, [...], não está tanto nas necessidades utilitárias – às quais ninguém consegue escapar –, mas na plenitude de si e na qualidade poética da existência, porque viver exige, de cada um, lucidez e compreensão ao mesmo tempo, e, mais amplamente, a mobilização de todas as aptidões humanas.

Logo, é indispensável trocar um pensamento que afasta e segrega por um que “[...] distingue e une. É preciso substituir um pensamento disjuntivo e redutor por um pensamento do complexo, no sentido originário do termo *complexus*: o que é tecido

¹⁵²⁴ QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Direito e economia: interdisciplinaridade no ensino jurídico brasileiro. In: PETRY, Alexandre Torres; MIGLIAVACCA, Carolina; OSÓRIO, Fernanda; DANILEVICZ, Igor; FUHRMANN, Italo Roberto (org.). **Ensino jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios**. Porto Alegre: OAB/RS, 2017. p. 196-197.

¹⁵²⁵ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. 22. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de: La Tête Bien Faite - Repenser la réforme, réformer la pensée. p. 92-93.

¹⁵²⁶ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. 22. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de: La Tête Bien Faite – Repenser la réforme, réformer la pensée. p. 54.

junto”,¹⁵²⁷ (grifos do autor). Seria, porquanto, condizente com a multiplicidade, com o entrelaçamento e com a infinidade de fatos que compõem a organização social atual, já que, a complexidade é, também, “[...] o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico”.¹⁵²⁸ Nas palavras de Morin:¹⁵²⁹

O conhecimento pertinente deve enfrentar a complexidade. Complexus significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade. Os desenvolvimentos próprios a nossa era planetária nos confrontam cada vez mais e de maneira cada vez mais inelutável com os desafios da complexidade.

Conforme se nota, o pensamento complexo é, essencialmente, aquele que lida com a incerteza e concebe a organização, sendo capaz de reunir, contextualizar e globalizar – o complexus – mas, também, está apto a reconhecer o singular, o individual, o concreto.¹⁵³⁰ De fato, a contemporaneidade e o seu pensamento são caracterizados por uma desunião, pois, agora, separa-se – distingue-se ou disjunta-se – o espírito da matéria, a filosofia da ciência, o sujeito do objeto do conhecimento, entre outros isolamentos, os quais, por sua vez, dificultam o reestabelecimento destas ligações.

Portanto, ao propor uma reforma do pensamento, a pretensão de Morin,¹⁵³¹ foi o alcance de um modo de pensar capacitado a unificar e associar conhecimentos separados e, ao mesmo tempo, apto a se desdobrar em uma ética da união e da solidariedade entre os seres humanos. Consequentemente, um pensamento que não

¹⁵²⁷ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de: La Tête Bien Faite – Repenser la réforme, réformer la pensée. p. 89.

¹⁵²⁸ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015. Tradução de: Introduction à la pensée complexe. p. 13.

¹⁵²⁹ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. Tradução de: Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur. p. 38.

¹⁵³⁰ MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. Tradução Nurimar M. Falci. São Paulo: Petrópolis, 2000. Tradução de: L'intelligence de la complexité. p. 206.

¹⁵³¹ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de: La Tête Bien Faite – Repenser la réforme, réformer la pensée. p. 97.

seja capaz de se fechar “[...] no local e no particular, mas de conceber os conjuntos, estaria apto a favorecer o senso da responsabilidade e o da cidadania. A reforma de pensamento teria, pois, consequências existenciais, éticas e cívicas”.

Neste contexto, as ideias de Morin, para afirmar o pensamento complexo, buscam “[...] desenvolver métodos, metodologias e conhecimentos novos na tentativa de solucionar os problemas da sociedade atual, [...]”.¹⁵³² Assim, a partir deste pensamento, segundo o autor, cria-se a possibilidade de restauração da comunicação entre o mundo científico e o humanístico, de modo a reunir o local e o global, mas também, oportuniza uma retomada de consciência, por parte dos indivíduos, de que transformações e articulações são necessárias e urgentes, para que se mantenha uma vida em harmonia, próspera e livre, entre os sujeitos. Nesta linha:

A complexidade estabelece a relação entre as partes e a organização do todo e por meio dessa interconexão leva à visão de contexto. Nada no universo está isolado, pois apresenta um grandioso processo de interconexão, embora se possa pensar, ingenuamente, que o ser humano está na Terra para usufruir, retirar e destruir. [...] A proposta do paradigma da complexidade alicerça este caminho que tem como eixo norteador o movimento ético para tornar os homens e mulheres responsáveis pelos seus atos e pela vida saudável no planeta em busca da construção de um mundo melhor, mais justo e solidário.¹⁵³³

De fato, a epistemologia da complexidade aspira a libertação, a inclusão e, por sua vez, permite que as pessoas reconheçam a realidade e os demais sujeitos ao seu redor, sem, contudo, desconsiderar o conhecimento. O que ocorre por meio de uma ciência que dialogue com o transversal e o plural, que não reduza, separe ou fragmente o real e que, efetivamente, integre o sujeito e o objeto. Entretanto, contemporaneamente:¹⁵³⁴

¹⁵³² PINHO, Maria José de; MEDEIROS, Thalita Melo de Souza; RIBEIRO, Josivânia Sousa Costa. Complexidade e transdisciplinaridade: novos caminhos para a educação do século XXI. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.5, n. 3, p. 283, 2018. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/636>. Acesso em: 17 ago. 2021.

¹⁵³³ TORRES, Patrícia Lupion; BEHENS, Marilda Aparecida. Complexidade, transdisciplinaridade e produção do conhecimento. *In*: Torres, Patrícia Lupion (org.). **Complexidade: redes e conexões na produção do conhecimento**. Curitiba: SENAR, 2014. p. 18.

¹⁵³⁴ PINHO, Maria José de; MEDEIROS, Thalita Melo de Souza; RIBEIRO, Josivânia Sousa Costa. Complexidade e transdisciplinaridade: novos caminhos para a educação do século XXI. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.5, n. 3, p. 283, 2018. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/636>. Acesso em: 17 ago. 2021.

[...] os saberes estão sendo fragmentados, as disciplinas sendo isoladas e o indivíduo se percebe alheio aos problemas sociais e ambientais, é fundamental compreender e refletir sobre a proposta de Edgar Morin a partir da Teoria da Complexidade, do pensamento complexo, dando ênfase à necessidade que o indivíduo, na sociedade contemporânea, apresenta no sentido de conhecer e se envolver com os problemas locais e globais, de maneira que se sinta parte de um todo e responsável pelo que ocorre no seu meio. Neste sentido, sem essa percepção, o homem não conseguirá apreender os objetos em seu contexto, sua complexidade, seu conjunto. Em um mundo complexo, é preciso criar métodos a fim de estabelecer relações mútuas entre as partes e o todo.

Então, observa-se que o mundo presente não pode mais ser visto exclusivamente de forma linear, isto é, “[...] alcançar a verdade científica, inquestionável, através de método pautado na razão e marcado pela fragmentação, pela redução e pelo objetivismo do conhecimento”.¹⁵³⁵ Assim, diante da complexidade, pensar e construir o todo por meio da fragmentação dos fenômenos e objetos, até certo ponto, se apresenta insatisfatório, diante das questões que envolvem, circundam e atingem toda a sociedade. Neste contexto, ao parafrasear Sachs:¹⁵³⁶

[...] chegamos ao início do século XXI com um planeta extremamente povoado: 6,6 bilhões de pessoas vivem em uma economia globalmente interconectada, produzindo a espantosa cifra de sessenta trilhões de dólares a cada ano. Os seres humanos estão presentes em todos os nichos ecológicos do planeta, das tundras geladas às florestas tropicais úmidas e aos desertos. Em alguns locais, as sociedades ultrapassaram a capacidade biótica máxima da terra, pelo menos com as tecnologias disponíveis, resultando em fome crônica, degradação ambiental e um êxodo em larga escala de populações desesperadas. Estamos, em resumo, mais ‘amontoados’ do que nunca, compactados numa sociedade interconectada do comércio, da migração e das ideias globais, mas que também sofre com o risco de doenças pandêmicas, terrorismo, deslocamento de refugiados e conflitos.

Logo, os saberes individualizados e descontextualizados não conseguem mais, sozinhos, elucidar os designos da vida atual, o que ambiciona um conhecimento

¹⁵³⁵ QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Direito e economia: interdisciplinaridade no ensino jurídico brasileiro. *In*: PETRY, Alexandre Torres; MIGLIAVACCA, Carolina; OSÓRIO, Fernanda; DANILEVICZ, Igor; FUHRMANN, Italo Roberto (org.). **Ensino jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios**. Porto Alegre: OAB/RS, 2017. p. 196.

¹⁵³⁶ SACHS, Jeffrey David. **A Riqueza de todos: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre**. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. Tradução de: *Common Wealth: Economics for a Crowded Planet*. p. 19.

transdisciplinar – multidimensional –, que combine saberes transversais e plurais, de forma a possibilitar um raciocínio integrado e menos lacunar. Em outras palavras:

A reforma necessária do pensamento é aquela que gera um pensamento do contexto e do complexo. O pensamento contextual busca sempre a relação de inseparabilidade e as inter-retroações entre qualquer fenômeno e seu contexto, e deste com o contexto planetário. O complexo requer um pensamento que capte relações, inter-relações, implicações mútuas, fenômenos multidimensionais, realidades que são simultaneamente solidárias e conflitivas (como a própria democracia que é o sistema que se nutre de antagonismos e que simultaneamente os regula), que respeite a diversidade, ao mesmo tempo que a unidade, um pensamento organizador que conceba a relação recíproca entre todas as partes.¹⁵³⁷

Dito de outra forma, é cada vez mais urgente que, diante da razão complexa, se estabeleça relações e diálogos mais amplos e profundos entre os diversos saberes. Isto quer dizer “[...] romper com as fronteiras do saber, com as ilhas criadas pela ciência, com os códigos binários instituídos, que se constituem em sérios obstáculos para a compreensão do homem e da natureza”.¹⁵³⁸ Uma visão, transdisciplinar, que conjecture a aproximação das diferentes áreas da ciência aos saberes, até então, dispersos, possibilitaria pensar, cientificamente, os indivíduos e a sociedade.¹⁵³⁹ De tal modo que:

[...] o pensamento complexo, oriundo de uma epistemologia complexa, e que exige atitudes e métodos complexos, apresenta a transdisciplinaridade como o principal caminho para a reforma do pensamento e para a elaboração do conhecimento complexo, a fim de integrar e articular os diversos saberes, sem negar ou desprezar qualquer disciplina [...].¹⁵⁴⁰

¹⁵³⁷ MORIN, Edgar. **Educação e complexidade**: os sete saberes e outros ensaios. Tradução Edgard de Assis Carvalho. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 23.

¹⁵³⁸ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 58, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1905>. Acesso em: 20 ago. 2021.

¹⁵³⁹ MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. rev. e mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. Tradução de: Science avec Conscience.

¹⁵⁴⁰ PINHO, Maria José de; MEDEIROS, Thalita Melo de Souza; RIBEIRO, Josivânia Sousa Costa. Complexidade e transdisciplinaridade: novos caminhos para a educação do século XXI. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.5, n. 3, p. 285, 2018. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/636>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Em verdade, simultaneamente à complexidade, manifestou-se pretensões de transgressão aos problemas sociais complexos, por meio de propostas que buscavam a cooperação entre as disciplinas, numa tentativa de suplantar as superespecializações de certas matérias, fato que provocava a ausência de comunicação entre as ciências. Para Sommerman, as manifestações pioneiras foram denominadas de multidisciplinares e pluridisciplinares e, após, interdisciplinares e transdisciplinares. Mas, foi somente nas décadas de 70 e 80 que, efetivamente, abriu-se espaço para a pesquisa interdisciplinar e transdisciplinar.¹⁵⁴¹

Neste contexto, pondera-se que a interdisciplinaridade é uma maneira de agregar disciplinas ao estudo de determinados objetos, na perspectiva de aliar novas expectativas que, até então, não seriam plausíveis por meio de apenas uma esfera do conhecimento. Já a transdisciplinaridade seria “[...] como o nível mais avançado de interdisciplinaridade, deve ser meta alcançada, ao possibilitar o enriquecimento do objeto a ser estudado sob o ângulo de diversas disciplinas que se justapõe entre si”.¹⁵⁴²

Jantsch,¹⁵⁴³ um dos precursores da temática em discussão, defende, por sua vez, a existência de cinco níveis diferentes de integração entre as áreas das ciências, ou seja, a multidisciplinaridade, a pluridisciplinaridade, a disciplinaridade cruzada, a interdisciplinaridade¹⁵⁴⁴ e a transdisciplinaridade. A transdisciplinaridade, segundo o

¹⁵⁴¹ SOMMERMAN, Américo. **A interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade como novas formas de conhecimento para a articulação de saberes no contexto da ciência e do conhecimento em geral**: contribuição para os campos da educação, da saúde e do meio ambiente. 2012. Tese (Doutorado em Difusão do Conhecimento) – Programa Multi-institucional e Multidisciplinar em Difusão do Conhecimento, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/22497/1/UFBA%20-%20DOUTORADO%20AM%C3%89RICO%20SOMMERMAN%20-%20Vol.%20I.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

¹⁵⁴² QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Direito e economia: interdisciplinaridade no ensino jurídico brasileiro. In: PETRY, Alexandre Torres; MIGLIAVACCA, Carolina; OSÓRIO, Fernanda; DANILEVICZ, Igor; FUHRMANN, Italo Roberto (org.). **Ensino jurídico no Brasil**: 190 anos de história e desafios. Porto Alegre: OAB/RS, 2017. p. 199.

¹⁵⁴³ JANTSCH, Erich. Towards interdisciplinarity and transdisciplinarity in education and innovation. In: Apostel, L.; BERGER, G.; BRIGGS, A.; MICHAUD, G. (orgs). **Interdisciplinarity**: problems of teaching and research in universities. Paris: UNESCO/OCDE, 1972 p. 97-121.

¹⁵⁴⁴ JANTSCH, Erich. Towards interdisciplinarity and transdisciplinarity in education and innovation. In: Apostel, L.; BERGER, G.; BRIGGS, A.; MICHAUD, G. (orgs). **Interdisciplinarity**: problems of teaching and research in universities. Paris: UNESCO/OCDE, 1972 p. 97-121. Para o escritor, resumidamente, a multidisciplinaridade pode ser identificada como um conjunto de disciplinas estudadas ao mesmo tempo, sem que existam aparentes relações entre elas. A pluridisciplinaridade, por sua vez, é a justaposição entre disciplinas diversas, mas integrantes do mesmo grupo científico, porém, hierarquicamente distinto. Já a disciplinaridade cruzada seria a junção de recursos metodológicos de uma ciência a outras do mesmo nível hierárquico. A interdisciplinaridade apresenta-se como a interação entre duas ou mais disciplinas que se modificam e, por isso, passam umas a depender das outras, ou seja, relacionam-se e se influenciam reciprocamente.

entendimento do autor, acontece quando não se encontra mais limites entre as disciplinas científicas, as quais, a partir de então, passam a não mais figurarem como esferas dos saberes independentes. Desta forma, ocorre a transdisciplinaridade quando o conhecimento interage de tal maneira que, por vezes, dá origem a uma nova disciplina, como aconteceu quando do surgimento da Análise Econômica do Direito, ou seja, uma superior integração entre direito e economia.

Por outro lado, Nicolescu¹⁵⁴⁵ trabalha apenas com três categorias de comunicação entre conhecimentos, isto é, a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade. Segundo a compreensão do professor, a transdisciplinaridade se atenta para a interação entre as disciplinas, o que, por seu turno, busca em cada uma delas algo para além de si, com a finalidade de perceber o mundo vigente, de forma que exista uma unidade plural de saberes. Neste sentido, haverá “[...] uma estrutura descontínua de níveis de realidade que determina o espaço descontínuo da transdisciplinaridade, a qual se preocupa com a dinâmica engendrada pela ação de vários e diferentes níveis de realidade ao mesmo tempo”.¹⁵⁴⁶

Sendo assim, a transdisciplinariedade implica no movimento recíproco de partilha dos objetos de conhecimento pelas disciplinas, tudo no maior dinamismo. Nesta concepção, os objetos serão sempre múltiplos, heterogêneos e divergentes e “[...] somente a sua captura momentânea esforça-se para compreendê-lo por um certo prisma, mas este prisma nunca poderá ser desvinculado de outras dimensões constitutivas do objeto, sob a pena de mutilação do conhecimento”.¹⁵⁴⁷

Em Morin, a transdisciplinariedade envolve processos marginais de aberturas, de superação de barreiras, da construção de disciplinas heterogêneas e da dispersão de ideias que fertilizam e crescem em novos terrenos. Ou seja, “[...] trata-se frequentemente de esquemas cognitivos que podem atravessar as disciplinas, as

¹⁵⁴⁵ NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999.

¹⁵⁴⁶ IRIBARRY, Isac Nikos. Aproximações sobre a transdisciplinaridade: algumas linhas históricas, fundamentos e princípios aplicados ao trabalho de equipe. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 485, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/D4YgwJqvQh495Lgd6JGSHLz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso: 18 ago. 2021.

¹⁵⁴⁷ CUNHA, Jose Ricardo. Razões para um discurso jurídico transdisciplinar. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 26, p. 104, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/14196> Acesso em: 20 ago. 2021.

vezes com tal virulência, que as deixam em transe”.¹⁵⁴⁸ Já para Nicolescu,¹⁵⁴⁹ transdisciplinar é o saber que se coloca entre, através e para além de qualquer conhecimento especializado, que refuta dogmas, ideologias e sistemas de pensamento fechados, pois “[...] seu objetivo é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento”.

Com efeito, pode-se compreender o termo transdisciplinaridade como um local especializado no mundo, onde saberes projetam sua significação e, assim, sempre transformam e constroem sentidos autênticos. Desta forma, ao pensar neste grau de interação, pondera-se sobre novas demarcações do conhecer, ou melhor, modificações para ser projetadas na realidade prática, transformações sociais que respeitem os valores comunitários, as soluções de conflitos, numa microrrevolução, a partir de si mesmo.¹⁵⁵⁰

A partir destas reflexões, quando se fala em transdisciplinaridade não se pretende a criação de uma hiper-ciência, mas, uma unificação científica, que tencione pela comunicação e articulação entre os campos plurais das ciências, de modo a estabelecer, com isto, uma verdadeira estrutura articulada de todas áreas do conhecimento, que se comunicam com as demais. Conquanto, não é uma nova disciplina, mas apenas “[...] promove ampla comunicação para que as disciplinas possam servir como instrumentos para a compreensão do mundo, enfrentando os problemas por meio de sua contextualização, globalização, religação e complexificação”.¹⁵⁵¹

Esta atitude possibilita a admissão da pluralidade da vida e do mundo, e o comportamento transdisciplinar pode ajudar a reconhecer “as diferenças culturais dos indivíduos e a importância da interseção de ideias, de conhecimentos e de todas

¹⁵⁴⁸ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 22. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de: La Tête Bien Faite – Repenser la réforme, réformer la pensée. p. 115.

¹⁵⁴⁹ NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999. p. 51.

¹⁵⁵⁰ PEPÊ, Albano Marcos Bastos; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Da disciplina à transdisciplinaridade pela transgressão Waratiana: uma releitura heideggeriana do ensino jurídico. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. p. 283-303, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2013v34n66p283>. Acesso em: 18 ago. 2021.

¹⁵⁵¹ WIVIURKA, Eduardo Seino. A transdisciplinarização do direito. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 5108. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

disciplinas são realidades que existem e que sustentam a sobrevivência”.¹⁵⁵² Portanto, a transdisciplinariedade – das pessoas e das ciências – seria uma forma de diminuir, consideravelmente, “[...] a distância dos saberes compartilhados e a realidade que nos cerca, considerando que é a partir da contextualização que o conhecimento adquire seu verdadeiro sentido”.¹⁵⁵³

Então, por toda parte, atualmente, reconhecem a necessidade e a relevância da transdisciplinaridade, ou seja, uma reforma do pensamento, que permita, segundo Morin,¹⁵⁵⁴ a contenção da regressão da democracia e a existência de, supostos, especialistas em todas as áreas do conhecimentos. Para tanto, é indispensável um pensamento unificador, que substitua a racionalidade clássica por “[...] uma dialógica capaz de conceber noções ao mesmo tempo complementares e antagônicas; que o conhecimento da integração das partes, num todo, seja completada pelo reconhecimento da integração do todo no interior das partes”, e que reclame, principalmente, uma religação e reorganização do conhecimento outrora separado, para, sobretudo, conhecê-lo.

Sendo assim, observa-se que a transdisciplinaridade propõe um renovado recorte epistemológico, por meio da ligação ou da transversalidade entre duas – ou mais – áreas do conhecimento, o qual pode modificar a dinâmica dos saberes tradicionalmente conhecidos e, desta maneira, demarcar novas áreas de pensamento. Por esta razão, uma concepção transdisciplinar do direito poderá, também, instrumentalizar a reorganização do conhecimento jurídico, de modo a torná-lo mais harmonioso com a sociedade complexa deste tempo e, também, conferir-lhe mais eficácia e dinamismo, para responder às exigências da realidade atual.¹⁵⁵⁵ Ao seguir

¹⁵⁵² GABRICH, Frederico de Andrade. Transdisciplinaridade no ensino jurídico. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 12., 2013, Curitiba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 376. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=137>. Acesso em: 13 ago. 2021.

¹⁵⁵³ QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Direito e economia: interdisciplinaridade no ensino jurídico brasileiro. *In*: PETRY, Alexandre Torres; MIGLIAVACCA, Carolina; OSÓRIO, Fernanda; DANILEVICZ, Igor; FUHRMANN, Italo Roberto (org.). **Ensino jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios**. Porto Alegre: OAB/RS, 2017. p. 198.

¹⁵⁵⁴ MORIN, Edgar, Da necessidade de um pensamento complexo. Tradução Juremir Machado da Silva. *In*: MARTINS, Francisco Martins; SILVA, Juremir Machado da (org.). **Para navegar no século 21: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 3. ed. Porto Alegre: Salina/Edipucs, 2003. p. 34.

¹⁵⁵⁵ CARNEIRO, Maria Francisca. Transdisciplinaridade como tradução intersemiótica para o direito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a. 2, n. 10, p. 10795-10799, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-2-2013-n-10/142>. Acesso em: 05 ago. 2021.

este raciocínio, Martinez¹⁵⁵⁶ evidencia a importância da transdisciplinaridade para a ciência do direito:

[...] na transdisciplinaridade, a validade do conhecimento científico estará no reconhecimento de que a complexidade permite a transposição e convivência simultânea de vários de “níveis de realidade”. Com isso, o modelo dogmático mantém seu papel naquilo que lhe é peculiar na área jurídica, mas acaba por se abrir ao que vai além dele e assim possibilita o avanço da pesquisa jurídica para outras possibilidades metodológicas. [...]. Desse modo, a transdisciplinaridade abre espaço na pesquisa jurídica ao uso de outros instrumentais e conteúdos interdisciplinares à disposição do pesquisador. Sem esses, o desenvolvimento da Ciência Jurídica fica relegado ao seu modelo dogmático tradicional.

Bastos,¹⁵⁵⁷ no mesmo sentido, ressalta a pertinência de um refletir transdisciplinar, no âmbito da ciência e da pesquisa jurídica, voltado ao desenvolvimento de métodos e mecanismos atualizados, para a identificação e viabilização dos fundamentos hordieros da vida social e institucional. De acordo com este raciocínio:

Apesar da importância e do significado dos trabalhos dogmáticos para o exercício forense, a pesquisa jurídica deve estar voltada para a identificação e análise dos fundamentos da ordem jurídica, tendo em vista a modernização e a consolidação, bem como a nossa formação institucional associada às necessidades científicas e tecnológicas.¹⁵⁵⁸

Aguilar,¹⁵⁵⁹ por sua vez, atenta para a complementar imprescindibilidade da integração de saberes transdisciplinares, inclusive para a construção de uma linguagem comum entre as diferentes ciências – naturais e sociais. Porém, esta integração não ocorrerá se o direito se limitar, somente, a dados imediatos das normas

¹⁵⁵⁶ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. A capacitação para pesquisa em direito: uma análise transdisciplinar das disciplinas de metodologia da pesquisa jurídica, nos programas de pós-graduação em direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 22.2013, Curitiba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 421. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=137f>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁵⁵⁷ BASTOS, Aurélio Wander. **O Ensino jurídico no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

¹⁵⁵⁸ BASTOS, Aurélio Wander. **O Ensino jurídico no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 339.

¹⁵⁵⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 146.

positivadas ou das decisões judiciais. Em Martinez,¹⁵⁶⁰ o que se evidencia é que a transdisciplinaridade proporciona um entendimento mais profundo – para o ensino, a pesquisa e a prática jurídica –, já que conjectura que os cientistas – e também os profissionais do direito – podem ir além da dogmática e, com isto, transcender, criticamente, o conhecimento posto. Ou seja, “é o nascimento de um conhecimento compreensivo e necessariamente integrativo da realidade comunitária local, agregador de níveis de realidade ao conhecimento jurídico geral existente”.

Com arrimo neste raciocínio, verifica-se que a transdisciplinaridade tem a capacidade de reunir conhecimentos e sobrepujar, com esta atitude, a fragmentação dos saberes científicos. No direito, em sentido semelhante, um movimento de vocação transdisciplinar, também, permitiria a inserção de outros pensamentos à lógica jurídica o que, a seu turno, afastaria o fenômeno de isolamento das ciências, em suas especialidades, pois, “se a realidade é complexa, ela requer pensamento abrangente, multidimensional, capaz de compreender a complexidade real e construir um conhecimento que leve em consideração essa mesma amplitude”.¹⁵⁶¹

Estas reflexões conduzem à constatação de que o mundo jurídico, hodiernamente, reclama por uma outra interpretação, ou melhor, uma nova visão, que possibilite enxergar os fenômenos jurídicos de modo mais amplo e humanizado, alicerçados em valores sociais reais, fundado numa dignidade efetiva, estruturado em uma igualdade equânime, sustentado por princípios éticos e, sobretudo, que garanta o desenvolvimento humano para todos. Sendo assim, é preciso que o direito vá além, se mostre concreto e que, quando necessário, se sustente em outras ciências e em distintos recursos, sempre que oportuno, para lhe afastar de uma lógica tradicional e ineficaz aos acontecimentos oriundos da sociedade complexa.

Assim, por intermédio, da interdisciplinaridade, na pluridisciplinaridade, mas especialmente pela transdisciplinaridade, busca-se-a demonstrar a necessidade de um olhar que transponha o paradigma da completude e autonomia das ciências, particularmente a do direito, a qual, a muito, clama pela superação do neutro

¹⁵⁶⁰ MARTINEZ, Sergio Rodrigo. A capacitação para pesquisa em direito: uma análise transdisciplinar das disciplinas de metodologia da pesquisa jurídica, nos programas de pós-graduação em direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 22., 2013, Curitiba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 422. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=137f>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁵⁶¹ MORAES, Maria Cândida. **O paradigma educacional emergente**. Campinas: Papirus, 2018. p. 30.

paradigma do positivismo, do isolamento científico e da separação entre sujeito e objeto, por meio, principalmente, da adoção da Análise Econômica do Direito, ou seja, de uma comunicação entre discurso econômico e o jurídico almejado pela justiça.

Então, ao pensar sob esta perspectiva, passar-se-á a discorrer acerca da necessidade da manutenção de um diálogo entre o direito e outras áreas das ciências, aqui especialmente a economia, e como esta comunicação transdisciplinar pode representar uma, real, possibilidade de se alcançar a justiça. Isto é o que desenvolver-se-á nas próximas linhas.

5.3 Do necessário diálogo entre direito e economia na busca pela justiça

Para Bauman,¹⁵⁶² o paradigma estabelecido para compreender os tempos atuais caracteriza-se pelo permanente estado de liquidez, ou seja, uma ‘modernidade líquida’ – ou uma ‘pós-modernidade’ – calcada na fluidez, em caminhos não habituais, na racionalidade instrumental e na, ainda que progressiva, libertação da economia de suas tradicionais amarras políticas, éticas e culturais, vias que sedimentaram a construção uma nova ordem mundial, agora descrita sob a rubrica de globalização. Ou melhor, “[...] processos vistos como auto-impulsionados, espontâneos e erráticos, sem ninguém sentado à mesa de controle ou planejando, muito menos se encarregando dos resultados finais”.¹⁵⁶³

Neste sentido, constata-se que a crise paradigmática iniciada pelo processo de globalização e vivenciada pela humanidade, hoje, alcança proporções planetárias, de modo que afeta a todos e envolve distúrbios de múltiplas naturezas. Desta forma, a visão cartesiana fragmentada do conhecimento e apta para resolver problemas mecânicos, evidentemente, mostra-se frágil para solucionar dilemas advindos do contexto pluralista, multifacetado e dinâmico da realidade atual, ainda que inegáveis sejam os “[...] avanços proporcionados pela Ciência do século XX, faz-se necessário,

¹⁵⁶² BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Tradução de: Legislators and interpreters: on modernity, post-modernity and intellectuals. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Tradução de: Liquid Modernity.

¹⁵⁶³ BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Tradução de: The Individualized Society. p. 35.

atualmente, uma visão holística capaz de abarcar os diversos saberes – formais ou não, a fim de se compreender os fenômenos por diferentes perspectivas”.¹⁵⁶⁴

Com base nisto, resta evidente que, a muito, a ordem mundial enfrenta um emaranhado de circunstâncias que ocasionam relevantes rompimentos e desarranjos nas relações humanas e científicas, tudo isto devido à expansão da globalização, principalmente no final do século passado, e, sobretudo, em sua dimensão econômica. No Direito, por sua vez, as repercussões destes acontecimentos são, da mesma forma, experienciadas, em especial, pelo visível aumento das demandas jurisdicionais que almejam soluções celeres, práticas e realistas – então pragmáticas – para os conflitos contemporâneos, pois, agora “a sociedade moderna é muito complexa para as pessoas coordenarem principalmente através da lei formal”¹⁵⁶⁵ (tradução nossa).

Sendo assim, por óbvio, os intérpretes (profissionais) jurídicos experimentam, no contexto da sociedade complexa, uma diversidade de novos fenômenos jurídicos e sociais, os quais, às vezes, não são entendidos somente pela ótica do direito, “[...] obrigando a utilização de outros campos do saber para uma melhor análise e avaliação desses fenômenos”.¹⁵⁶⁶ Para Calsamiglia,¹⁵⁶⁷ estas contemporâneas transformações produziram uma crise de legitimação jurídica e, por isto, “os critérios de justificativa das decisões públicas são insuficientes hoje. Talvez por isso, o problema da justiça tenha se tornado um dos principais problemas da reflexão atual” (tradução nossa).

Diante deste cenário, percebe-se que o direito precisa nortear-se não somente pela criação e aplicabilidade de seu ordenamento, mas, também, pelo reconhecimento

¹⁵⁶⁴ QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Direito e economia: interdisciplinaridade no ensino jurídico brasileiro. *In*: PETRY, Alexandre Torres; MIGLIAVACCA, Carolina; OSÓRIO, Fernanda; DANILEVICZ, Igor; FUHRMANN, Italo Roberto (org.). **Ensino jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios**. Porto Alegre: OAB/RS, 2017. p. 194.

¹⁵⁶⁵ “Modern society is far too complex for people to coordinate primarily through formal law”. COOTER, Robert D. The confluence of justice and efficiency in economic analysis of law. *In*: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles (coord.). **The origins of law and economics: essays by the founding fathers**. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 239.

¹⁵⁶⁶ PORTO, Antônio Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

¹⁵⁶⁷ “Los criterios tradicionales de justificación de las decisiones públicas son hoy insuficientes. Quizá por esa razón, el problema de la justicia ha pasado a ser uno de los principales problemas de la reflexión actual”. CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Justicia, eficiencia y derecho. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 1, p. 305, set./dez. 1988. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es>. Acesso em: 07 set. 2021.

de uma outra concepção de mundo, pela aceitação das metamorfoses da realidade, pela manutenção de uma vigilância reflexiva e pela convivência com a multiplicidade, pois, com isto, o viés jurídico encontrará, verdadeiramente, sua efetividade, ao recepcionar a complexidade e a transdisciplinariedade. Entretanto, nas palavras de Leal:¹⁵⁶⁸

O problema é que estas particularidades dos sistemas normativos de conduta social não têm se mostrado capazes de assegurar os fins prometidos – mesmo contando com o exercício da força física legítima do Estado, e suas ferramentas lícitas de controle e coação –, isto em face, de um lado, do alto grau de complexidade e tensionalidade que marcam as hodiernas relações intersubjetivas, institucionais e de poder das distintas comunidades nacionais e internacionais; de outro, porque as regras fáticas de mercado muitas vezes não obedecem as diretivas formas dos sistemas jurídicos.

Em face disto, Minda¹⁵⁶⁹ relata que, de certo modo, as clássicas teorias do direito enfrentam um desapontamento, diante do nobre desiderato de compreender, promover e regular as pautas formais de ordenação social, por meio das normas cogentes. Posto isto, para o autor, os juristas precisaram voltar seus olhares “[...] para além da lei, na economia, para redescobrir a autoridade perdida e a autonomia do discurso jurídico. De todas as ciências sociais, a economia foi a candidata mais promissora para oferecer soluções corretas para problemas jurídicos” (tradução nossa). Assim:

As teorias do direito tendem a oferecer não apenas aspectos cognitivos referentes a eventos sociais passados, mas também têm pretensões prescritivas, no sentido de oferecer critérios adequados para a solução de problemas práticos. Da análise econômica do direito aos posicionamentos da jurisprudência avaliativa, proclamam a necessidade do uso de instrumentos para a solução de problemas. Muitas vezes são importados de outras disciplinas [...] ¹⁵⁷⁰ (tradução nossa).

¹⁵⁶⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. p. 17.

¹⁵⁶⁹ “[...] fuori dal diritto, all’economia, per ritrovare l’autorità perduta e l’autonomia del discorso giuridico. Tra tutte le scienze sociali, l’economia è stata il candidato più promettente ad offrire soluzioni corrette ai problema giuridici”. MINDA, Gary. **Teoria postmoderne del diritto**. Roma: il Mulino, 2006. p. 141.

¹⁵⁷⁰ “Si eso es cierto, entonces se diluye la rígida distinción entre la descripción y la prescripción. Las teorías del derecho tienden a ofrecer no sólo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescritivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas práticos. Desde el análisis económico del derecho hasta las posiciones de jurisprudencia valorativa, proclaman la necesidad del uso de instrumentos para

Nesta sequência, em Leal,¹⁵⁷¹ foram os desafios apresentados aos sujeitos na contemporaneidade que colaboraram para a aproximação entre as ciências do direito e da economia. Assim, conforme os problemas circundavam os custos e as receitas no “[...] mercado de atividade de subsistência ou mesmo de mercancia, se necessitam de tratamento matemático e econômico, também não podem dispensar cuidados para com as obrigações e negócios decorrentes da própria atividade produtiva”. Então, no mesmo sentido:

[...] que os contabilistas poderiam contribuir com os juristas na leitura e na compreensão de um balanço contábil, da mesma forma a percepção que os juristas tinham em relação aos economistas era a de que eles poderiam auxiliar no que diz com questões atinentes, por exemplo, à legislação anti-monopolística, à regulamentação das relações industriais, ou a temas envolvendo densificação material dos efeitos das tributações, etc.¹⁵⁷²

Com efeito, resta claro que as instituições jurídico-legais influenciam a atividade econômica e a economia, por sua vez, assume relevância quando atua na formação, estruturação, impactos e processos que compõem o direito e sua organização. Consoante entendimento de Salama,¹⁵⁷³ tanto o direito, quanto a economia enfrentam problemas referentes à estabilidade, logística e eficiência na sociedade, os quais “[...] podem ser bastante profícuos, na medida em que ambas as ciências possuem campos de interação afins e possibilidades de interação bastante promissoras”.¹⁵⁷⁴

Logo, “parece ser óbvia a sinergia entre esses dois campos do saber: se de um lado é necessário prescrever e regular comportamentos, por outro também se faz

resolver problemas. Muchas veces se importan de otras disciplinas[...]”. CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Postpositivismo. *Doxa*, Alicante. n. 21, v. 1, p. 212-213, 1998. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10389>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁵⁷¹ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. p. 20.

¹⁵⁷² LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. p. 21

¹⁵⁷³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é ‘direito e economia’? **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, Salvador, n. 160, p. 01-17, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>. Acesso em: 03 fev. 2021.

¹⁵⁷⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência**: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações. 2013. p. 405. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

indispensável compreender sua natureza e quais forças os movem”.¹⁵⁷⁵ Porém, ao primeiro olhar, direito e economia não aparentam se integrar como ciências, no entanto, são segmentos que estão à volta dos mesmos problemas, isto é, a escassez de recursos e os conflitos de interesses, que circundam a diminuta quantidade de bens que interessam às pessoas, perante a imensidão de necessidades do ser humano.

Portanto, as atividades desenvolvidas pela econômica e pelo direito voltam-se, cada vez mais, a nutrir ambas as áreas. Mas, como esclarece Salama,¹⁵⁷⁶ “[...] a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo”. Posto isto, para Cooter,¹⁵⁷⁷ é nítido que existem discrepâncias gritantes entre a economia e o direito, ao passo que a primeira é, marcadamente, quantitativa, empírica, e aspira ser científica, o segundo é, tipicamente, verbal, hermenêutico e objetiva a justiça, o que torna a relação entre economistas e profissionais jurídicos, inevitavelmente, áspera. Mas, nos últimos anos se mostra igualmente fértil e, agora, um campo de pesquisa bem definido.

Hayek,¹⁵⁷⁸ por seu turno, enfatiza que o problema da busca por uma ordem social adequada sempre foi – e ainda é – estudado sob diversos ângulos das ciências, tais como a economia, o direito, a ciência política, a sociologia e a ética. Contudo, tal situação somente pode ser devidamente tratada se for examinada como um todo. Porém, em nenhuma área a segmentação entre especialidades é mais agressiva do que entre as duas mais antigas destas ciências, ou seja, a economia e o direito, o que torna a comunicação entre juristas e economistas, certamente, mais turbulenta.

Porto,¹⁵⁷⁹ no mesmo sentido, nota a existência de um certo entusiasmo com a aproximação entre direito e economia, mas pontua que estes esmaecem em alguns momentos. Desta forma, problemas como a linguagem, por exemplo, ainda são barreiras a serem rompidas, visto que, “[...] na formação dos juristas brasileiros

¹⁵⁷⁵ PORTO, Antônio Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

¹⁵⁷⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é ‘direito e economia’? **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, Salvador, n. 160, p. 01, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>. Acesso em: 03 fev. 2021.

¹⁵⁷⁷ COOTER, Robert D. The confluence of Justice and efficiency in economic analysis of law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles (coord.). **The origins of law and economics: essays by the founding fathers**. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 222-240

¹⁵⁷⁸ HAYEK, Friedrich A. Von. **Law, legislation and liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1973. v. I.

¹⁵⁷⁹ PORTO, Antônio Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

atenção com os conceitos econômicos, fazendo com que haja sempre uma maior resistência em compreender os fenômenos jurídicos e sociais à luz das ferramentas econômicas”.

Por conseguinte, ainda que existam inquietação, observa-se que o jurídico, há muito, combina suas ideias com o informal e discursivo pensamento econômico. Todavia, conversas entre o direito e a analítica teoria econômica são mais recentes. Assim, há aproximadamente quarenta anos a teoria econômica atravessou os limites restritos da legislação antitruste e se infiltrou em outros assuntos jurídicos, de forma a complementá-los, romper as distâncias, aumentar a capacidade de compreensão das situações conflituosas e, principalmente, ultrapassar os limites das especialidades na, constante, busca pela justiça.¹⁵⁸⁰

Sendo assim, a associação entre essas duas ciências é extremamente pertinente, visto que “[...] o direito prescreve e regula o comportamento dos indivíduos e a economia estuda e infere como os indivíduos desenvolvem o processo decisório e como decidem diante de circunstâncias de escassez de recursos”.¹⁵⁸¹ Isto porque direito e a economia, enquanto ciências sociais, propõem-se a entender e a ordenar o comportamento das pessoas, Ou seja, o direito observa o comportamento do corpo social e aspira a sua regulamentação, com base nos valores humanos mais importantes. A economia, a seu turno, analisa como os indivíduos tomam suas decisões, de acordo com suas escolhas racionais, e quais as suas consequências.¹⁵⁸² Nos termos de Sgarbossa:¹⁵⁸³

[...] desde o final do Século XIX a Economia tem se dedicado primordialmente à tentativa de compreender e de prognosticar o comportamento humano, através da elaboração de variadas teorizações e modelos. O Direito – objeto da Ciência Jurídica – evidentemente visa regular o comportamento humano. Assim, no

¹⁵⁸⁰ COOTER, Robert D. The confluence of justice and efficiency in economic analysis of law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles (coord.). **The origins of law and economics**: essays by the founding fathers. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 222-240

¹⁵⁸¹ PORTO, Antônio Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

¹⁵⁸² PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁵⁸³ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência**: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações. 2013. p. 405. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

campo de estudos sobre os possíveis incentivos e desincentivos produzidos por normas e instituições jurídicas sobre o comportamento humano, parece bastante valiosa a interação Direito e Economia.

Ao lançar olhares para os dizeres acima, constata-se que o direito e a economia, há muito, se relacionam, na vivência comunitária das pessoas. Porém, para entender esta ligação necessária, deve-se considerar, ainda que simploriamente, que o Direito consiste, em sentido geral e fundamental, numa “[...] técnica da coexistência humana, isto é, a técnica que visa a possibilitar a coexistência dos homens”.¹⁵⁸⁴ Por outro lado, a economia relaciona-se à aptidão do ser humano em modificar o meio em que vive e se assenhorar da natureza, para, com isto, produzir, modificar e distribuir os recursos indispensáveis (ou não) para a subsistência dos indivíduos sociais.¹⁵⁸⁵

De acordo com este raciocínio, conceitualmente, pode-se compreender a economia como um ramo das ciências sociais que examina o processo de tomada de decisões das pessoas e da sociedade, para a utilização de recursos produtivos escassos, na produção de bens e serviços, de maneira a distribuí-los entre os diversos indivíduos e os grupos sociais, com o objetivo de satisfazer suas necessidades.¹⁵⁸⁶ Ou seja, a ciência econômica tem o papel de verificar de que modo os sujeitos sociais “[...] satisfazem suas necessidades, pressupondo a *lei da escassez*, ao confrontar as necessidades (ilimitadas por desprendidas, desde há muito, da esfera biológica da sobrevivência) perante finitude dos recursos (escassos, limitados)” (grifos dos autores).¹⁵⁸⁷

O direito, em sentido bastante amplo, é, por sua vez, um conjunto de normas, produzidas pelo homem para disciplinar e ordenar os comportamentos em sociedade, ou seja, um produto cultural gerado pelos indivíduos sociais, a fim de obter

¹⁵⁸⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1. ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Dizionario di Filosofia. p. 278.

¹⁵⁸⁵ POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Tradução Vera Ribeiro. Introdução Michele Cangiani. Organização Kari Polanyi Levit. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

¹⁵⁸⁶ VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia: micro e macro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵⁸⁷ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 182, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

determinado fim.¹⁵⁸⁸ Para Amaral,¹⁵⁸⁹ em alargada síntese, o direito compreende um “[...] conjunto de manifestações jurídicas que têm solucionado os conflitos de interesses que a vida em sociedade faz nascer”. Em Siqueira Jr.,¹⁵⁹⁰ contemporaneamente, o direito é a tolerância, bom senso e cidadania, isto é, a consequência ética da diversidade, a atenuação dos dogmas, a participação nos assuntos coletivos e a reafirmação da dignidade da pessoa humana.

Logo, economia e direito, na sociedade atual, não devem ser tidos, apenas, como duas ciências que estão relacionadas, mas sim, que necessitam de aproximação e interação, pois são como “[...] um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele”.¹⁵⁹¹ Assim, direito e economia, ainda que possuam dimensões distintas, são ciências complementares, em contexto social, visto que lidam com a produção e aplicação das normas consideradas como justas pela sociedade e com a produção e administração da riqueza social.

A partir desta compreensão simplória, percebe-se que, em qualquer corpo social, “[...] estabelecem-se relações e instituições destinadas a lhe permitir enfrentar o problema da escassez, vale dizer, criar um padrão decisório coerente a ser utilizado quando recursos escassos devam ser destinados a um determinado fim qualquer”. Deste modo, existe íntima imbricação entre direito e economia, já que fatos econômicos se mostram muito em função de como se dá a organização ou a normatização que preside a atividade econômica. Legislação e decisões, por sua vez, se moldam, também, consoante a pressão dos fatos econômicos e dos interesses ligados a eles.¹⁵⁹²

Com efeito, para os juristas, conhecer e entender os institutos econômicos e o próprio funcionamento do mercado auxiliaria, sobremaneira, a comunicação entre o direito e a realidade econômica, bem como melhoria a atuação da esfera jurídica, sobre o comportamento dos agentes econômicos. Sendo assim, não é concebível,

¹⁵⁸⁸ CARVALHO, Paulo Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁵⁸⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed., ver. e mod. São Paulo: Saraiva, 2018. p. V.

¹⁵⁹⁰ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁵⁹¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 31.

¹⁵⁹² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

principalmente no limiar do novo milênio, que ainda desmembre o jurígeno do econômico, tendo em vista que esta compreensão e consecução conjunta como fato social, sem dúvida, possibilitaria um incremento na qualidade de vida das pessoas. Deste modo, comenta Perreira e Benacchio¹⁵⁹³ que:

[...] a Economia ao se ocupar do estudo da produção e distribuição dos bens e serviços, dinamizando o mercado e o capital, não pode desconsiderar o valor do ser humano; da mesma forma o Direito não pode negar a escassez dos recursos na consecução da distribuição da riqueza na sociedade.

Portanto, nas palavras de Santos,¹⁵⁹⁴ atualmente é “[...] reconhecido que a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado”, e, do mesmo modo, que “se faz do cientista um ignorante especializado faz do cidadão comum um ignorante generalizado”. Isto porque, o conhecimento fragmentado em disciplinas frustra a possibilidade de entender o mundo atual e, sobretudo, “[...] a possibilidade da construção de um pensamento reflexivo e verdadeiramente crítico aos sistemas econômicos, sociais e filosóficos dominantes”.¹⁵⁹⁵

Em decorrência deste entendimento, percebe-se que compreender o mundo de maneira exclusivamente tradicional e de modo a perpetuar uma lógica cartesiana estabeleceu inúmeras separações na seara do conhecimento o que, por seu turno, freou, inclusive, possíveis avanços científicos passíveis de serem, a muito, conquistados, por meio da comunicação entre as áreas dos saberes. Posto isto, ações voltadas à transdisciplinariedade tenderiam a reduzir as distâncias que separam os saberes de uma efetiva transformação social, dado que pode disponibilizar respostas que, muitas vezes, a disciplina sozinha tem dificuldade para revelar.¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹³ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 183, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁵⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 74-88.

¹⁵⁹⁵ GABRICH, Frederico de Andrade. Transdisciplinaridade no ensino jurídico. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 12., 2013, Curitiba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 380. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=137>. Acesso em: 13 ago. 2021.

¹⁵⁹⁶ ODON, Tiago Ivo. **Justiça como equilíbrio**: uma conversa entre filosofia do direito, economia & sociologia. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

Logo, se o direito e a economia forem vistos nesta perspectiva, vê-se que a conversa entre ambos é inevitável, pois:

[...] o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à segurança da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida; a economia, que legitimara o reducionismo quantitativo e tecnocrático com o pretendido êxito das previsões económicas, é forçada a reconhecer, perante a pobreza dos resultados, que a qualidade humana e sociológica dos agentes e processos económicos entra pela janela depois de ter sido expulsa pela porta.¹⁵⁹⁷

Por conseguinte, o que resta claro é a extrema importância da existência de uma conversa, ainda mais séria e permanente, entre direito e economia, principalmente pelo fato de eles manifestarem, no presente, as fronteiras basilares da complexa, global e multifacetada sociedade contemporânea. Nas palavras de Santos,¹⁵⁹⁸ por exemplo, é na interação entre estas ciências que aqueles que não estão à vontade no contexto da “[...] modernidade da liberdade ou com a modernidade tecnológica recorrem ao direito de inclusão para promover um horizonte de expectativa pacífico, não autoritário, igualitário e integrado à natureza”.

Em todo caso, uma aproximação, cada vez maior, entre direito e economia é imprescindível, visto que, ao longo do tempo, tais ciências, ainda que mantivessem certo diálogo, não conseguiram uma comunicação suficiente para que, conjuntamente, promovessem a concretização de mecanismos capazes de diminuir as injustiças, nos mais variados setores sociais, bem como, proporcionar o progresso – integrado e organizado – almejado pelo corpo social.

Neste caso, a conversa entre economistas e juristas ganha especial destaque, principalmente, como condição facilitadora do desenvolvimento humano e justo dos indivíduos nos dias atuais. Entretanto, pode-se constatar significativos avanços, que demonstram a importância da construção de ligações sólidas entre o jurídico e o econômico, pois, mesmo em tempos de globalização, consideráveis aportes

¹⁵⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 74-75.

¹⁵⁹⁸ SANTOS, Fábio Pádua dos. Direito e economia: relações, importância e sugestões para pesquisa. In: YOUNG, Victor Augusto Ferraz; SILVA, Ulisses Rubio Urbano da; ALVES, Vítor Lopes de Souza. **Sobre economia e sobre muitas coisas – Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas**, Campinas, Não paginado, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/sobreeconomia/2021/03/30/direito-e-economia-relacoes-importancia-e-sugestoes-para-pesquisa/#sdendnote4sym>. Acesso em: 03 set. 2021.

econômicos contribuíram para o progresso dos Estados, tal como a relevante evolução nas condições de vida de inúmeros indivíduos.

Assim sendo, importante frisar que o direito não tem a intenção, como apontado neste trabalho de pesquisa, de rejeitar a importância da economia, para a sociedade e para o desenvolvimento das pessoas. Ao contrário, a ideia aqui em construção tem como principal hipótese que o jurídico deve ter como função traçar as diretrizes e estabelecer as finalidades do econômico, sem deixar, principalmente, as decisões jurídicas – mas também as políticas – à mercê da conveniência do mercado e dos agentes econômicos, para que, assim, o direito não seja, simplesmente, um reflexo do liberalismo econômico e sim sinônimo de justiça.¹⁵⁹⁹

Isto significa dizer que os juristas – e as decisões judiciais – devem atentar-se para os problemas de justiça, e não somente para as questões inerentes às relações de cunho material, que impliquem os sujeitos do mercado, dado que, hoje em dia, é muito comum o triunfo da economia, “[...] num palco mundial em que campeiam protagonistas antes desconhecidos, todos extremamente móveis, todos fugidios a claras definições de confins, todos quase entidades impalpáveis e mutantes”,¹⁶⁰⁰ que buscam, cada vez mais, por segurança, certeza, previsibilidade e cumprimento de expectativas economicistas, tudo isto, por meio do jurídico.

Sendo assim, a aplicação da racionalidade econômica com o objetivo de entender o comportamento das pessoas exige certa cautela. Isto significa que, no presente, os juízos econômicos consistem, basicamente, em critérios que enfatizam a eficiência ou a economicidade para a alocação de recursos escassos, de forma a esquecer de toda uma gama de outros componentes da maior importância para os juristas. Em outros termos, a categoria fundamental do raciocínio econômico, indubitavelmente, é “[...] a eficiência, resultado de um juízo analítico de custos e benefícios. No ordenamento jurídico, por outro lado, a eficiência não é senão um valor

¹⁵⁹⁹ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Milano: Laterza, 2004.

¹⁶⁰⁰ GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno 'repensamento' epistemológico. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 40, p. 05-25, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1731/1431>. Acesso em: 05 set. 2021.

ao lado de vários outros constitucionalmente estabelecidos”,¹⁶⁰¹ tal como a dignidade da pessoa humana. Para Almeida,¹⁶⁰² agora:

[...] é preciso considerar que os princípios jurídicos devem ser levados em consideração pelas atividades econômicas. Ao contrário de quase tudo o que é veiculado pela mídia e das ‘ameaças’ de conseqüências trágicas que os economistas alardeiam acerca de determinadas decisões judiciais, [...].

Todavia, o que se vê, hodiernamente, é uma clara primazia econômica, em face do jurídico. “O Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo”,¹⁶⁰³ de modo a alinhar o sistema judicial às necessidades da economia, mas, abusando, muitas vezes, dos sujeitos de direitos, pois seus direitos essenciais são desprezados, em favor do desenvolvimento do mercado econômico. Diante disto, produz-se, na esfera jurídica, uma ruptura do antigo para o contemporâneo, ou seja, emerge, agora, a necessidade de mudanças no modelo outrora vigente, para uma abordagem racional, moderna e orientada para valores efetivos, como são “[...] os direitos dos cidadãos comuns”,¹⁶⁰⁴ e os valores de justiça.

Então, o que se constata é que a economia estabelece – e provavelmente sempre estabeleceu – demasiadas implicações e relações com outros campos científicos – aqui em destaque o direito –, de forma a dialogar sobre pressupostos e características, sobretudo em pontos cujas demandas são/eram recíprocas. Contudo, no mundo contemporâneo complexo e multiforme, esta situação mudou, haja vista, que agora existe uma inexorável proeminência economicista, em face do jurídico, o que, certamente, para concretização de direitos fundamentais – considerando aqui estes e outros direitos, como elementos de uma ideia de justiça – gera inúmeros

¹⁶⁰¹ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência**: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações. 2013. p. 410. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁶⁰² ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 49-101, 2007.

¹⁶⁰³ ROSA, Alexandre Morais da. O giro econômico do direito ou novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do direito democrático no século XXI. *In*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **O direito e o futuro**: o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p. 224.

¹⁶⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. p. 08.

prejuízos. Ou seja, quando o econômico não é, devidamente e necessariamente, ponderado pelo direito, os prejudicados são, sobretudo, aqueles que buscam soluções para os grandes problemas sociais, tais como a desigualdade, a fome e a pobreza.¹⁶⁰⁵

Como se nota, a integração entre direito e economia, no presente, se dá em diferentes ângulos, seja como visão interdisciplinar/transdisciplinar, seja como um esquema de ocupação do jurídico pelo econômico. Com isto, na investida de estabelecer um fundamento econômico a orientar o direito, surgiu uma “[...] proposta de um direito efficientista, a proposta de uma concepção de justiça como maximização da riqueza”.¹⁶⁰⁶

Sob este prisma, destaca-se que o estudo conjunto do direito e da economia detém como importante marco de integração a teoria da Análise Econômica do Direito, ao lado de outros movimentos examinados em capítulo antecedente e cujas bases teóricas norteiam este trabalho científico. Segundo o olhar da AED, os postulados econômicos são unidos aos jurídicos, de forma a oportunizar uma outra compreensão do termo justiça, ou seja, como eficiência para a maximização de riqueza social e alocação de recursos escassos. Isto posto, “observar o fenômeno jurídico sob o ponto de vista da eficiência pode ser especialmente útil para a construção de uma política jurídica que alcance seus objetivos”¹⁶⁰⁷ (tradução nossa).

Todavia, cabe ponderar se os juristas – e as contemporâneas teorias que regem o processo de tomada decisão – são capazes de assimilar – consciente e criticamente – toda a estrutura teórica e metodológica que, agora, resultam da intersecção entre economia e direito, sobretudo para a efetivação de direitos. Assim, convém indagar, nas palavras de Sgarbossa,¹⁶⁰⁸ ao “[...] aplicar a AED a temas como

¹⁶⁰⁵ ROSA, Alexandre Morais da. O giro econômico do direito ou novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do direito democrático no século XXI. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **O direito e o futuro: o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁶⁰⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁶⁰⁷ “Observar el fenómeno jurídico desde el punto de vista de la eficiencia puede ser especialmente útil para la construcción de una política jurídica que alcance sus objetivos”. CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. *Eficiencia y derecho*. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 287, 1987. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10913>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁶⁰⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações**. 2013. p. 12. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

direitos e garantias fundamentais e direitos sociais, quais as consequências decorrentes para tais conquistas civilizatórias”.

Então, sendo a justiça o sentido e a razão última do direito, equânime seria o ordenamento jurídico nortear a elaboração e a aplicação das ferramentas econômicas, na busca contínua pelo justo desenvolvimento para todos os indivíduos, visto que, ao jurídico, juntamente com o Estado, nestes tempos complexos, compete a promoção da garantia do bem-estar, da justiça social e do desenvolvimento humanizado. Ou seja, uma verdadeira Análise Jurídica da Economia, um novo modelo que a ciência jurídica persegue – e também pelas decisões judiciais –, uma alternativa à Análise Econômica do Direito, onde deve-se alcançar o econômico, mas com a ressalva da transdisciplinariedade e do fomento, sem exclusões dos direitos fundamentais das pessoas. Neste aspecto, como leciona Leal,¹⁶⁰⁹ a convergência entre o jurídico e o econômico:

[...] tem de ser pautada por determinados vetores e diretrizes que já operam na regulação das relações sociais, como e principalmente as constitucionais, informando que ordem econômica e social se deseja à República, que direitos e garantias precisam estar presentes necessariamente em qualquer ato, fato ou negócio jurídico, e tudo isto é que vai moldar as relações de mercado no país.

Portanto, a próxima seção visa a demonstrar que existem circunstâncias que, teoricamente, possibilitam a elaboração de um outro protótipo de Análise Econômica do Direito – a Análise Jurídica da Economia – a qual, pragmaticamente, será capaz de inverter nas ideológicas da corrente dominante, ao adequar – ou superar – a noção de justiça economicamente eficiente, para uma ideia de justiça que, eficientemente e racionalmente, pugne pela solução dos problemas sociais, mas fundamentada em valores associados à dignidade da pessoa humana – como é o direito ao desenvolvimento.

Logo, ao refletir sobre a contemporânea sociedade norteadada pelo lucro, ao parafrasear Cooter,¹⁶¹⁰ agora concentrar-se-á, cada vez mais, no que, a princípio, parecia somente uma ideia atraente, porém impraticável, até que o mito perdeu a

¹⁶⁰⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010. p. 78-79.

¹⁶¹⁰ COOTER, Robert D. The confluence of justice and efficiency in economic analysis of law. *In*: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles (coord.). **The origins of law and economics**: essays by the founding fathers. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 222-240

estranheza e tornou-se, aparentemente, a única explicação para o problema em que os fundadores do constitucionalismo liberal falharam. Desta maneira, com vistas a um melhor fundamento para as decisões jurígenas, sob a ótica do pragmatismo jurídico e perseguindo, sempre, a concretização do direito ao desenvolvimento, empreender-se-á, doravante, pelos caminhos, quase que inexplorados, da Análise Jurídica da Economia.

5.4 Da Análise Jurídica da Economia como resposta adequada às questões complexas

O fenômeno que denominam como globalização, questionado por alguns e por outros considerado existente desde a Antiguidade, aqui será visto como um fato recente, decorrente do modo de produção capitalista.¹⁶¹¹ Sendo assim, conceituam-no como “[...] a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário [...]”¹⁶¹² e causador de uma série de consequências, dentre as quais está “[...] o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial”.¹⁶¹³

Neste sentido, o termo globalização, para Beck,¹⁶¹⁴ significa os processos nos quais o “[...] andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores internacionais”. Assim, o aporte econômico seria apenas uma das ingerências experimentadas pelos Estados-nação, o qual, recentemente, se intensificou e restringiu o fenômeno globante, simplesmente, à esfera econômica, ao reduzir sua pluridimensionalidade a uma única perspectiva, ou seja, a da econômica, “[...] que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa

¹⁶¹¹ COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

¹⁶¹² FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59.

¹⁶¹³ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59-60.

¹⁶¹⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

todas as outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial”.¹⁶¹⁵

Então, o mundo, que era lento, simples e previsível, sofreu alterações violentas e tornou-se mais dinâmico, multifacetado e imprevisível, uma vez que surgiram novas tecnologias, inovadoras maneiras de comunicação, outras técnicas de disseminação de informação, diferentes ferramentas e formas de trabalho e produção, de modo que caíram muitas das fronteiras entre os Estados-nação e, conseqüentemente, emergiram modernos arranjos sociais.

Tudo isto – e muitas outras situações –, transformaram a sociedade e, também, os sujeitos, visto que agora há um momento de transição, em diversificadas esferas – social, econômica, político, cultural e jurídica. Isto significa que atualmente a realidade experimentada é complexa e as variáveis sociais não param de mudar aceleradamente, pois as relações tornaram-se múltiplas, variadas, contínuas, interligadas, inesperadas e incontroláveis. Eis um retrato da sociedade contemporânea com seus problemas complexos.

Com efeito, as metamorfoses ocorridas em esfera mundial ocasionaram, também, a colonização das ciências – em especial, para esta investigação, as ciências sociais – pelo pensamento econômico, o qual condensou o fenômeno da globalização – e suas conexões – às relações econômicas e ocasionou, socialmente, o surgimento de inúmeros outros conflitos, agora envoltos pela complexidade, os quais clamam por soluções jurídicas transdisciplinares, que o Estado, por vez, não foi capaz de administrar. Entretanto, hoje em dia, um outro grande problema é saber se o emaranhado jurídico-legal existente corresponde às expectativas individuais e coletivas de solução das divergências complexas e, conseqüentemente, estabelecer limites aos sistemas econômicos. Em razão disto, em Faria:¹⁶¹⁶

As instituições de direito surgidas com o fenômeno da globalização econômica não se resumem, conforme se tem visto, ao direito positivo do Estado-nação, cada vez mais reorganizado estruturalmente segundo iniciativas legislativas unificadoras, harmonizadoras e padronizadoras dos organismos multilaterais. Essas instituições também envolvem – e o problema a ser aqui discutido é saber como – o espaço jurídico transnacional criado pela malha de acordos formais e informais firmados por bancos, conglomerados, consórcios de

¹⁶¹⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31

¹⁶¹⁶ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 56.

empresas, cadeias produtivas e canais de suprimento de insumos, distribuição e comercialização. O Direito Internacional, não há dúvida, exerce um importante papel tanto na constituição quanto para a compreensão e o exame do perfil das instituições jurídicas da economia globalizada. Contudo, não o esgota, ou seja, abrange apenas uma parte dessas instituições, pois se concentra basicamente em torno do direito oficial, e não sobre os demais direitos constituídos paralelamente a ele.

Diante disto, inegável é que, no direito, os instrumentos econômicos – teóricos e empíricos – passaram a ser amplamente utilizados para, primeiro, prescrever e analisar, sob o viés da eficiência econômica, as normas jurídicas e os seus impactos sobre o mundo dos fatos e, segundo, para explicar os efeitos das regras legais, das decisões judiciais e dos raciocínios jurídicos, a partir da racionalidade econômica. Desta forma, a Análise Econômica do Direito constituiu-se em um importante instrumento de observação da realidade social, que, recentemente, ultrapassou as fronteiras do universo acadêmico-jurídico e alcançou, também, os Tribunais. Isto porque:

Dadas as promessas de quantificação e de mensuração da economia (ou, ao menos, de como juristas veem a economia), é tentador pensar que podemos trocar a argumentação jurídica e seus longos debates sobre princípios por algo mais objetivo e palpável, como o cálculo sobre qual decisão ou qual lei agregará maior bem-estar à coletividade.¹⁶¹⁷

Em verdade, a AED é outra maneira de compreender o pensamento jurídico, por meio da aplicação da racionalidade econômica, ou seja, trabalha-se o Direito por meio dos “[...] conceitos de maximização das escolhas racionais, da alocação de recursos escassos e da eficiência como fim a ser alcançado”.¹⁶¹⁸ Logo, a Análise Econômica do Direito é uma forma contemporânea de aproximação entre a economia e o direito, pois identifica e reconhece que as ações humanas pressupõem custos e/ou benefícios a outros indivíduos e à coletividade, a qual, sob este ponto de vista,

¹⁶¹⁷ JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Entre justiça e eficiência: sobre a interação entre direito e economia. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Temas em direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 25.

¹⁶¹⁸ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 187, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

nomeia as diretrizes jurídicas que melhor se adequam ao comportamento dos sujeitos e aos interesses sociais.¹⁶¹⁹

No entanto, ainda que seja cristalina a influência exercida pelos fundamentos econômicos na vida das pessoas, “[...] a economia, em sua acepção tradicional, avançou para esferas que estão além de seu liame, utilizou o Direito para justificar seus propósitos [...]”¹⁶²⁰ e, principalmente no Brasil, excluiu de seu caminho preceitos essenciais para a manutenção equilibrada da convivência humana. Por isto, convém ressaltar que existem valorosas fronteiras às contribuições da economia ao campo jurídico, tais como a sua inerente característica de unidimensionalidade, que contrasta com a pluridimensionalidade jurídica ou, ainda, a convicção de disponibilidade dos bens econômicos, que se contrapõem à noção de bens e valores indisponíveis no direito.¹⁶²¹ Sendo assim:

[...] é preciso cautela ao transpor as ideias da escola econômica do Direito do contexto norte-americano para o brasileiro. Isso porque naquele país, a busca pelo interesse e pela satisfação individual, que levará à eficiência econômica, é direcionada para direitos de liberdade. No Brasil, tem-se buscado uma aproximação entre direito e preceitos econômicos para a análise de direitos de natureza social, o que transforma totalmente o enfoque dado à questão.¹⁶²²

Em razão disto, como lembra Heinen,¹⁶²³ quando o direito é convertido em um mecanismo econômico, ele – e suas decisões – passam a agir pela economização das relações humanas e “[...] contribuir para tornar econômicas relações que até então não eram tidas como tais e manejar os indivíduos submetidos ao direito para agirem

¹⁶¹⁹ RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

¹⁶²⁰ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 188, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁶²¹ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência**: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁶²² GOMES, Camila Paula de Barros. Interligando direito e economia. **Revista Juris UniToledo**. Araçatuba, v. 01, n. 01, p. 34, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/10>. Acesso em: 23 set. 2021.

¹⁶²³ HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade**: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. 2016. p. 325. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/168283>. Acesso em: 20 set. 2021.

em conformidade com o modelo de *homo economicus* adotado pela AED”. Deste modo, como possíveis consequências, a esfera jurídica pode ser transformada “[...] em extensão da economia e ferramenta de cálculo para os agentes em busca de maximização da satisfação”, dado que o modelo antropológico de homem econômico é um agente racional maximizador – o mesmo imaginado pela Análise Econômica do Direito. No mesmo sentido, singulariza Chaves¹⁶²⁴ que:

[...] apenas em suas consequências, o direito se desumaniza, sucumbe ao economicismo, uma vez que passa a estar pautado exclusivamente em critérios associados à noção de eficiência, embaixadores únicos da tomada de decisões normativas. Atrelado a fins meramente instrumentais, i) acaba por pautar-se exclusivamente no pressuposto da racionalidade como critério para análise e avaliação das diferentes possibilidades de ação, o que frequentemente o conduz e acorrenta a ponderações acerca de vantagens e desvantagens, custos e benefícios das alternativas; ii) perde parte de seu sentido e pontencialidades, na medida em que, visto exclusivamente pelos olhos da eficiência e da conveniência econômica, assume a condição de mero mecanismo de suposta redução de incertezas e riscos associados à ação dos agentes econômicos, cenário em que a preocupação com as necessidades humanas permanecerá perdendo espaço.

Assim sendo, a priorização de valores econômicos – principalmente o da eficiência – na AED recebe inúmeras críticas, seja por submeter a economia às dimensões mais complexas da sociedade sem, contudo, vinculá-la a uma orientação jurídico-político, de finalidades humano-sociais, às decisões econômicas e seus resultados; seja porque a racionalidade econômica, ainda que existam argumentos favoráveis, não pode ser reconhecida como um valor único e desvinculado das necessidades humanas; seja porque a primazia econômica, de forma alguma, pode se sobrepor às exigências fundamentais de razão ética e humana.¹⁶²⁵ Por tais motivos, “a economia não deve dominar tudo”.¹⁶²⁶ Pelo contrário, “[...] a globalização econômica

¹⁶²⁴ CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência em vez de justiça? uma abordagem crítica sobre os fundamentos filosóficos da análise econômica do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 246. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o>. Acesso em: 12 set. 2021.

¹⁶²⁵ Críticas mais profundas e consistentes foram realizadas no Item 3.4 do Capítulo 3.

¹⁶²⁶ “La economía no debe dominar todo”. KÜNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 219.

requer um acompanhamento político que lide com a subordinação das realizações econômicas aos objetivos humanos e sociais”¹⁶²⁷ (tradução nossa).

Conforme se percebe, a necessária aproximação entre direito e economia, ainda que necessária, deve ocorrer de maneira consciente e cautelosa, o que não pode, a seu turno, ser pervertida em um banal raciocínio de custo-benefício, ou mesmo num padrão unidimensional de eficiência. Isto significa que não é conveniente que a intersecção entre direito e economia seja transformada em mero instrumento de disposição da equilibrada segurança jurídica e outros critérios de justiça, os quais, ao longo do tempo, foram conquistados e garantidos – como são os direitos fundamentais do homem.

Neste sentido, nos ensinamentos de Calsamiglia,¹⁶²⁸ os economistas estão habituados a “[...] traduzir todos os problemas em termos monetários. Isso pode ser aceitável quando tratamos de laranjas e maçãs, mas é muito mais difícil de precisar quando se encontram em discussão valores como a vida ou a integridade física”. De outro modo, “[...] a finalidade da economia é proporcionar que os cidadãos tenham acesso igual aos bens primários necessários à realização de seu projeto de vida”,¹⁶²⁹ em observação, inclusive, ao descrito no caput do art. 170 da CF nacional, o qual afirma que a finalidade da ordem econômica é “[...] assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”,¹⁶³⁰ e não a simplificação, perigosa e imprecisa, de que o sistema produtivo econômico gerará as instituições jurídico-estatais.

Como se nota, por mais que direito e economia se inter-relacionem em tempos de globalização econômica e a AED seja um método considerável – conforme demonstrou-se no capítulo 3 – esta, nas palavras de Almeida,¹⁶³¹ é “[...] incapaz de

¹⁶²⁷ “La globalización económica requiere un acompañamiento político que se ocupe de subordinar los logros económicos a objetivos humanos y sociales”. KÜNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 219.

¹⁶²⁸ “[...] traducir todos los problemas en términos dinerarios. Eso puede ser aceptable cuando tratamos de naranjas y manzanas, pero es mucho más difícil de precisar cuando están en juego valores como la vida o la integridad física”. CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Justicia, eficiencia y derecho. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 1, p. 333-334, set./dez. 1988. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁶²⁹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 95, 2007.

¹⁶³⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹⁶³¹ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 79, 2007.

fornecer um modelo teórico capaz de descrever realisticamente o raciocínio jurídico”, ou explicar todo e qualquer fenômeno jurídico considerado no processo de tomada de decisão.

Conforme percebe, num mundo complexo, ainda que existam pontos de vista divergentes, são as pessoas o principal elemento a ser considerado por toda estrutura social, visto que são elas, e para elas, que retornam todas as descobertas, inovações e soluções apresentadas pelos diferentes campos científicos. Logo, o diálogo entre direito e economia não deveria distanciar-se deste mandamento, ou seja, um e outro precisam tutelar, individualmente e em coletividade, a vida e o bem-estar dos indivíduos, em quaisquer momentos, de qualquer forma e em todos os lugares.

Contudo, ao se realizar uma contextualização sobre a evolução, os estudos e a prática que envolvem o direito e economia, observa-se que, durante muito tempo, ambos atuaram separadamente e, ante a carência de estruturas econômico-jurídicas sólidas, transparentes e estáveis, uns, os economicamente privilegiados, acabam por tirar vantagens de outros, os socialmente desfavorecidos, os quais, diante da realidade complexa, quase nunca desfrutam das mesmas chances de realização e desenvolvimento.

Em verdade, diante da complexidade da sociedade contemporânea, são os preceitos humanos, tão perseguidos pelo direito, que orientam e dão condições aos sistemas, político e jurídico, para a consecução e manutenção da dignidade das pessoas. No entanto, com a mesma convicção de Parreira e Benacchio, sendo “a Economia é um meio para a realização dos mandamentos do Direito, assim, propomos a inversão da metodologia da Análise Econômica do Direito, ou seja, defendemos a Análise Jurídica da Economia ou, [...] – a leitura jurídica da economia”.¹⁶³²

Assim, é na primazia dos valores da pessoa humana e de seus direitos precípuos que, na área jurídica, excluí-se a possibilidade de exaurí-la na mera concepção patrimonialista fundada, hoje, somente na superioridade das premissas

¹⁶³² PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 197, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

teóricas da economia, já analisadas no capítulo 3. Segundo Perlingieri,¹⁶³³ frente ao constitucionalismo contemporâneo, “[...] reconhece que a forte ideia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito”, ou seja, o reconhecimento da “[...] supremacia do direito e da política sobre o mercado e sobre a economia [...]”.

Aqui convém destacar que, no mesmo sentido, são as apreciações de Dworkin¹⁶³⁴ sobre a maximização de riqueza como o único parâmetro que define uma sociedade como melhor que outra e, portanto, para utilizá-lo como um objetivo social, deveriam complementá-lo, “[...] pelo menos, por uma especificação aproximada da justiça”, de modo a gerar, assim, maior respeito aos direitos precípuos dos indivíduos. Então, igualmente, não seria a maximização de riqueza social critério sólido no processo de tomada de decisão judicial, visto não constituir um componente de valor ou instrumento de utilidade para o raciocínio jurídico.

Do ponto de vista de Küng,¹⁶³⁵ não deve a economia constituir um fim em si mesma, mas sim adequar-se às necessidades humanas e não se sujeitar, implacavelmente, à lógica racional mercadológica, pois, a razão da existência do mercado é o homem e não o contrário. Diante disto, deve-se atentar, também, para o fato de que as pessoas agem para além da racionalidade econômica, pois suas realizações pessoais – e mesmo as coletivas – são bem maiores que somente interesses materiais e de troca. Ou seja, a economia não consegue satisfazer a todas as necessidades dos indivíduos, visto que os interesses pessoais não se revertem em benefício de todos.

Para Mathis,¹⁶³⁶ da mesma maneira, o direito não deveria fundamentar-se, exclusivamente, em critérios relativos à economia – em especial à eficiência –, dado que ela sempre é um dos pressupostos da justiça e, por conseguinte, devem realizar as duas em cooperação, para alcançar os objetivos de ambas, ou melhor, a eficiência

¹⁶³³ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. Tradução Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional**: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 05.

¹⁶³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle. p. 381.

¹⁶³⁵ KÜNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

¹⁶³⁶ “[...] this relationship is not without its strains, it is reasonable to conclude that the endeavour to realize both goals need not always be a competitive trade-off, and can in fact be undertaken cooperatively to large extent”. MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Lucerne: Springer, 2009. p. 203.

e a justiça são, mutuamente, exclusivas. Em verdade, possuem um relacionamento complexo, e, muito embora, “[...] essa relação tenha suas tensões, é razoável concluir que o esforço para realizar ambos os objetivos nem sempre precisa ser uma troca competitiva, e pode, de fato, ser realizado de forma cooperativa em grande medida” (tradução nossa).

Da mesma maneira, admite o autor acima que o critério maximizador – de utilidade ou de riqueza –, intrinsecamente, não constitui alicerce sólido e ético para justificar questões de natureza jurídica, visto que os comportamentos humanos, manifestados nesta linha de raciocínio, relacionam-se, bem mais, à quantitativa ideia de custos/benefícios de que com os valores de justiça. Porém, isto não significa, necessariamente, que todos os comportamentos maximizadores que necessite de eficiência sejam, basicamente, injustificados, mas que a teoria econômica não pode e também não deve, substituir, totalmente, os tradicionais métodos jurídicos-interpretativos, mas sim revisá-los ou complementá-los, em particular para atender situações que envolvam a distribuição justa de direitos.¹⁶³⁷

Contudo, é certo, ainda, que recursos financeiros são fatores preponderantes, quando se trata da proteção de direitos. Porém, a maximização da vontade, ou seja, a justiça transformada em eficiência econômica não pode ser a única a guiar a realidade do direito, inclusive quando se trata de decisões judiciais sobre questões complexas, como é, por exemplo, as que tratam sobre o direito ao desenvolvimento das pessoas.

Nesta ordem de ideias, quando debruçam olhares para a realidade brasileira, observa-se que, no atual Estado Democrático de Direito, a pessoa adquire *status* fundamental, dado à gama de direitos individuais, sociais, políticos, econômicos e culturais, expressos na Carta Maior. Porém, sabe-se também, que nem sempre os cidadãos – brasileiros – dispõem de recursos para exercê-los, e, nem mesmo o Estado – enquanto ente político – é capaz de efetivá-los, devido à escassez de capital financeiro, fatores que impossibilitam “[...] o exercício pleno dos direitos, de modo a cada cidadão ter a possibilidade concreta de orientar seu destino de acordo com a

¹⁶³⁷ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Lucerne: Springer, 2009.

sua própria concepção de bem”,¹⁶³⁸ o que impulsiona as desigualdades sociais e, conseqüentemente, a pobreza no país.

Então, pensar na distribuição de recursos, numa perspectiva centrada em seus custos, revelar-se, relativamente, insatisfatória, diante dos direitos da pessoa humana – hoje garantidos, inclusive constitucionalmente –, pois estes seriam concedidos condicionados ao princípio da escassez e suas implicações, ou seja, reputado como alocações seletivas, em detrimento de suas características essenciais, como a indisponibilidade. Portanto, o fundamental seria uma economia onde a produção estivesse orientada para a satisfação das necessidades dos homens, numa hierarquização elementar de prioridades, como o trabalho, os meios de vida saudável, o pleno desenvolvimento da vida humana pela educação, a saúde e o lazer, por exemplo.¹⁶³⁹

Assim, “[...] negar o exercício de um direito fundamental ou o acesso a um bem primário por não dispor de condições financeiras não é, em princípio, uma razão forte o suficiente para negar o dever do Estado de cumprir essa exigência.”¹⁶⁴⁰ Em outros termos, a economia deve proporcionar dignidade e possibilidade de desenvolvimento aos cidadãos e garantir, por meio de recursos financeiros, o progresso de toda a sociedade. A finalidade da economia, nesta visão, seria garantir a dignidade da pessoa humana e a realização do projeto de vida dos indivíduos, por meio da aquisição de bens precípuos – ou seja, o direito ao desenvolvimento.

Logo, no intuito de modificar – ou inverter – tal cenário, necessário se faz que se analisem direito e economia concomitantemente, porém, não como a, já conhecida e muito válida, Análise Econômica do Direito, que se dedica a vislumbrar a justiça pelo olhar da eficiência e da conveniência econômica, mas, em uma verdadeira Análise Jurídica da Economia (AJE), inovadora e, de igual modo, necessária, a qual significa entender a economia na expectativa do direito, ou melhor, de forma a perseguir aquilo

¹⁶³⁸ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 87, 2007.

¹⁶³⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência**: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

¹⁶⁴⁰ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 95, 2007.

que é justo, admissível, correto e equilibrado, para a resolução de questões sociais complexas.¹⁶⁴¹ Para Lima:¹⁶⁴²

Os estudos econômicos acerca do Direito são vários e amplamente conhecidos. Os esforços dos juristas sobre a economia são mais raros; [...]. Estes temas são abordados em obras relacionadas às ciências econômicas e da administração. Poucos ou nenhum são trabalhos voltados à análise jurídica da economia, [...], tendo o Direito e a justiça como preocupação. O ineditismo e a falta de esforços são, simultaneamente, a maior dificuldade e a principal razão deste estudo.

A partir desta constatação, a Análise Jurídica da Economia significa a possibilidade de um novo paradigma para ciência jurídica e, por consequência, para a teoria da decisão judicial, isto é uma outra composição, nem tão harmoniosa, mas complementar e inovadora, à Análise Econômica do Direito, já discutida em capítulo anterior, o que não significa “[...] um argumento retórico ou mera inversão da ordem de palavras, mas sim, a inversão metodológica, ou seja, não nos cabe olhar o Direito pela Economia, mas a Economia pelo Direito”.¹⁶⁴³

Para Almeida,¹⁶⁴⁴ o que se busca é “[...] estabelecer uma inversão no *modus operandi* da análise econômica do direito, de forma a reconhecer que razões de justiça devem orientar o funcionamento da economia, e não o contrário”. Isto consiste em ir além das expectativas geradas pela Análise Econômica do Direito e seus pressupostos, o que possibilitaria uma outra concepção teórica, para solucionar os complexos problemas sociais contemporâneos, ou seja, uma perspectiva que se embasa em ideais jurídicos, como a justiça, a liberdade e a igualdade, na busca, sempre, pelo pleno desenvolvimento humano.

¹⁶⁴¹ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Análise jurídica da economia. **Revista de Direito Mercantil**, nova série, ano L, n. 159/160, p. 53-86, jul./dez. 2011. Disponível em: http://www.sergiomouraocorrealima.com/home.php?id_idioma=1&id_pagina=3. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁶⁴² LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Análise jurídica da economia. **Revista de Direito Mercantil**, nova série, ano L, n. 159/160, p. 55, jul./dez. 2011. Disponível em: http://www.sergiomouraocorrealima.com/home.php?id_idioma=1&id_pagina=3. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁶⁴³ PARREIRA; Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 183, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁶⁴⁴ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 55, 2007.

Não obstante, “[...] isso não implica desconsiderar as relações entre direito e economia, mas que, normativamente, a economia não fornece parâmetros deontológicos capazes de serem considerados no processo de decisão judicial”, e, também, “[...] descritivamente, a economia é incapaz de fornecer um modelo teórico capaz de descrever realisticamente o raciocínio jurídico, nos termos pretendidos pela análise econômica do direito”.¹⁶⁴⁵ Em verdade, então, não é plausível para a ciência do “[...] direito afastar-se dos ideais de igualdade, fraternidade e solidariedade. Os detentores do poder econômico utilizam o princípio da maximização da vontade e da eficiência para a dominação, utilizam um discurso sem valor”.¹⁶⁴⁶

Sendo assim, na Análise Jurídica da Economia, os economistas são chamados a ponderar para além da eficiência, ao examinar conjecturas jurídicas e, com isto, privilegiar valores e funções característicos do direito, pois nesta perspectiva, haverá, efetivamente, um intercâmbio entre direito e economia.¹⁶⁴⁷ Do ponto de vista de Esteves,¹⁶⁴⁸ para o direito, a justiça está, sempre, direta ou indiretamente, correlacionada “[...] à distribuição de riqueza na sociedade, questões distributivas frequentemente estão no centro da análise jurídica, impedindo que a eficiência econômica seja aceita como único valor social relevante”. No mesmo sentido são as palavras de Sgarbosa,¹⁶⁴⁹ ao dizer que:

A tensão constante entre os conceitos econômicos de eficiência e os conceitos de Justiça corretiva, distributiva e outros evidencia as limitações da contribuição da Economia para com o campo jurídico. Tais problemas apontam para a necessária reformulação de aspectos

¹⁶⁴⁵ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 79, 2007.

¹⁶⁴⁶ PARREIRA; Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 197-198, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁶⁴⁷ HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade**: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/168283>. Acesso em: 20 set. 2021.

¹⁶⁴⁸ ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Economia e direito**: um diálogo possível. 2010. p. 52. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPGE/teses/2010/Heloisa%20Borges%20Esteves.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁶⁴⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência**: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações. 2013. p. 537. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

importantes da Ciência Econômica e da Análise Econômica do Direito, ou para a conexão da mesma com uma Teoria da Justiça adequada, para tornar seus resultados aceitáveis.

Visão igualmente interessante é a proposta por Chaves,¹⁶⁵⁰ na qual a Análise Jurídica da Economia seria percebida sem ignorar as pressuposições válidas da Análise Econômica do Direito, como uma possibilidade que lhe é complementar. Ou seja, uma formulação de análise conjunta entre as disciplinas – economia e direito –, “[...] de forma a enxergar a justiça com os olhos da eficiência/conveniência econômica, mas simultaneamente considerar a igual necessidade de observação da economia pelas lentes do direito e da justiça”.

Pois, para o autor acima, ainda que exista, empírica e teoricamente, “[...] um eventual consenso afirmado concretamente no sentido da produção de eficiência não pode ser compreendido como uma fórmula para aceitação abstrata da eficiência como um critério normativo”.¹⁶⁵¹ Nesta linha de raciocínio, a eficiência econômica não poderia ascender a um posicionamento que a levasse como a condutora do sistema jurídico, mas, deve ser o sistema de direito o seu limite e vínculo. Ou melhor, “o direito não tem como fim a busca da eficiência econômica; e nem a ela está submetido ou vinculado”.¹⁶⁵² Em outras palavras:

Tal perspectiva acarreta a ideia que uma política pública eficiente, ou uma transação negocial privada eficiente, não são por si só válidas ou de acordo com o sistema jurídico. Estas somente serão – válidas ou de acordo com o sistema jurídico – se substancialmente assim reconhecidas no próprio sistema, independentemente da concepção de eficiência econômica: qualquer arranjo institucional depende de uma teoria do direito e se essa teoria do direito é fundada no reconhecimento e na garantia de direitos fundamentais, como o são os contemporâneos estados de direito, nem o sistema jurisdicional tem

¹⁶⁵⁰ CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência em vez de justiça? uma abordagem crítica sobre os fundamentos filosóficos da análise econômica do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 243-244. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o>. Acesso em: 12 set. 2021.

¹⁶⁵¹ CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência em vez de justiça? uma abordagem crítica sobre os fundamentos filosóficos da análise econômica do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 244. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o>. Acesso em: 12 set. 2021.

¹⁶⁵² CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência em vez de justiça? uma abordagem crítica sobre os fundamentos filosóficos da análise econômica do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 244. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o>. Acesso em: 12 set. 2021.

o dever de perseguir a eficiência na resolução de casos concretos, tampouco as políticas sociais determinadas pelas demais funções do poder público têm de ser eficientes em âmbito econômico.¹⁶⁵³

Não obstante, há de se deixar claro que a análise jurídica economia acima indicada se qualifica, em particular, por ser uma tentativa de harmonização entre as finalidades da economia e a equilibrada proteção dos direitos precípuos dos indivíduos e grupos, a fim de, desta forma, oportunizar a justiça econômica para todos os membros da sociedade. Neste sentido, vale lembrar, também, que os profissionais do direito – especialmente os juristas –, devem considerar, quando do processo de tomada de decisão, a realização de uma verdadeira Análise Jurídica da Economia, ou seja, observar, especialmente, os relevantes valores não econômicos, que são socialmente desejados, como o bem-estar, a justiça e o direito ao desenvolvimento humano.

Nesta linha, ainda que o direito necessite da economia, cada integrante da sociedade deveria ter, precipuamente, a oportunidade de desenvolver-se e prosperar segundo a sua própria vontade. Para tanto, precisaria ter ao seu dispor instrumentos facilitadores da realização de seus direitos e que, também, salvaguardem suas liberdades – em particular devido ao aumento de questões juridicamente complexas em que, atualmente, os indivíduos estão inseridos – e não que os recursos estejam destinados a seguir a uma lógica econômica, que, por vez, tende a conjurar situações, empiricamente, perigosas e caracterizadas pelo significativo aumento das injustas.

Sendo assim, a funcionalidade e a produtividade da economia estariam, pois, destinadas a enfatizar a alocação dos bens e recursos necessários para que cada pessoa, a seu modo, consiga efetivar suas respectivas expectativas de vida plena. Destarte, o verdadeiro exercício de direitos, não restam dúvidas, subordina-se à existência de recursos financeiros disponíveis. Portanto, a sua garantia demanda que as instituições políticas, assim como as judiciárias, se movam num mesmo destino, ou seja, no sentido de que “[...] as razões de eficiência econômica devem,

¹⁶⁵³ COPETTI, Alfredo; MORAIS, José Luis Bolzan de. O segundo movimento law and economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (estado de) direito contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2011, v. 3, n. 4, p. 73, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista-04>. Acesso em: 22 maio. 2019.

necessariamente, se subordinar a considerações deontológicas de justiça fundamentadas nos direitos dos cidadãos”.¹⁶⁵⁴

Desta maneira, a abordagem alternativa da Análise Jurídica da Economia visa a estabelecer que os fundamentos e racionalidade, típicos da, pragmática, Análise Econômica do Direito são fundamentais para a solução das questões sociais complexas, porém, devem pensá-las para além dos marcadores metodológicos individualistas, da conduta racional maxizadora e da eficiência econômica mercadológica. Isto é, a utilização destes parâmetros deve servir de fundamento racional para o direito e as decisões judiciais, mas, voltados para o alcance dos direitos, e não mais somente a maximização da riqueza social.

Para isto, é preciso que os valores econômicos se comprometam com o bem-estar de todos, ou melhor, tracem os limites da economia, por meio dos valores jurídicos. Em outros termos, são os critérios de objetividade e certeza do direito que serão ferramentas fundamentais para repensar uma economia que não se sensibilize com um exagerado, eufórico, momentâneo, desequilibrado e insustentável índice de crescimento econômico e que perceba, muito rapidamente, que decisões são diferentes de solitárias atitudes judiciais, num contexto social complexo, dado que, uma verdadeira decisão é muito maior e tende a construir ou firmar um embasamento jurígeno ético e apto a definir o futuro das pessoas e da coletividade. Nesta perspectiva, escreveu o economista Hirschman que:¹⁶⁵⁵

Para superar os nossos principais problemas macroeconômicos correntes, precisamos necessariamente engendrar e difundir a benevolência nos diversos grupos sociais! Portanto, parece chegou o tempo de os economistas renunciarem à atitude que caracterizava, pelo menos em *A riqueza das nações*, o ilustre fundador de nossa ciência: tanto para os problemas microeconômicos como para os macroeconômicos, a busca por cada membro individual da sociedade de seu puro interesse particular é uma solução nitidamente insuficiente (grifos do autor).

¹⁶⁵⁴ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 95, 2007.

¹⁶⁵⁵ HIRSCHMAN. Albert Otto. **A economia como ciência moral e política**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. Tradução de: L'économie comme science morale et politique.

Todavia, segundo entendimento de Teixeira,¹⁶⁵⁶ no direito, diferente do que acontece na economia, não há como considerar, efetivamente, a existência de uma única e verdadeira – ou, ao menos a melhor – resposta, capaz de solucionar os conflitos sociais concretos “[...] daí se falar em uma análise jurídica da economia, e não uma análise econômica do Direito”. Então, nos termos da AJE, os resultados devem – ainda que não sejam oriundos do Poder Judiciário – caminhar no sentido da concretização de uma racionalidade jurídica. Como exemplifica Carvalho:¹⁶⁵⁷

A justiça eficiente seria aquela que deixasse um indivíduo morrer, em prol de toda a coletividade, mesmo se houvesse possibilidade do Estado pagar o seu tratamento de saúde. Isso porque o Estado poderia salvar mais pessoas com os mesmos recursos que seriam destinados a fim de beneficiar apenas uma. Tal medida pode ser vista como um atentado à modernidade, no âmbito dos direitos individuais, já que se admitiria, por exemplo, que uma pessoa poderia ser torturada até dizer alguma informação de bastante interesse público, em prol da sociedade.

Conforme se nota, nem sempre as decisões consideradas, para alguns, como mais eficientes serão as mais equânimes e justas. Por isto, é inevitável a Análise Jurídica da Economia com fulcro na resolução de problemas complexos, por meio da realização da justiça distributiva, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, ou seja, a aplicação das normas jurídicas como forma de gerar uma economia que respeite os direitos humanos-fundamentais, para dar ensejo ao desenvolvimento de cada ser humano.¹⁶⁵⁸

Então, um agir com racionalidade – na visão da Análise Jurídica da Economia – não quer dizer que as escolhas dos agentes econômicos serão sempre baseadas na utilidade econômica, mas sim que se voltarão para os benefícios, em termos de aquisição de direitos que garantam o pleno desenvolvimento dos indivíduos, ainda que estes superem os custos envolvidos, visto que, ao Estado cabe promover os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

¹⁶⁵⁶ TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-07122010-133735/pt-br.php>. Acesso em: 05 set. 2021. p. 250.

¹⁶⁵⁷ CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade econômica no direito. Teresina, **Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, p. 231, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1084/870>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁶⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**: problemi del diritto civile. Napoli: Edizine Scientifiche Italiane, 2003.

Isso posto, uma escolha racional maximizadora de benefícios fundamentar-se-á pela avaliação que os sujeitos fariam da utilidade que cada situação, ou objeto, é capaz de proporcionar, em termos de direitos individuais e coletivos. Ou seja, na realização de um cálculo – ainda que racional – para definir as predileções que melhor atendem às necessidades e satisfação, os agentes buscariam por aquelas que proporcionassem maior expectativa de desenvolvimento dentro da sociedade, e não aquelas que concedessem maior conveniência econômica a poucas pessoas.

Então, parte-se do pressuposto de que as relações acontecem dentro do mercado capitalista, em um mundo complexo e multifacetado, e que, em geral, não se interessa pela imensa massa de excluídos, o comportamento racional dos agentes, ao não realizarem barganhas com vistas somente à maximização de recompensas econômicas, para assegurar vantagens individuais e o bom funcionamento da sociedade, mas sim, como um processo de ressignificação do ser humano, da prosperidade e de outras virtudes importantes.

Assim, um mercado ajustado à concretização de direitos precípuos e à satisfação da universal dignidade de todas as pessoas – presentes e futuras – pode contribuir e, até garantir, para um modo de vida mais digna e justa para os sujeitos sociais. Isto significa, também, que quando a economia de mercado é guiada por um regime jus-econômico que contemple circunstâncias humanizadoras, a possibilidade de satisfazer as necessidades dos indivíduos é, notadamente, maior, e o aproxima, também, da garantia de direitos básicos, como educação, saúde, trabalho, alimentação, moradia, saneamento básico, segurança e assistência aos desamparados, por exemplo.

Desta forma, improvável será, em termos de direitos essenciais, que na busca pela satisfação de um indivíduo, não se considerem todos os outros. Porém, é neste sentido que a igualdade passa a ser fator preponderante, de sorte que a noção de ótimo de Pareto não pode ser considerada, pois, no que tange aos direitos sociais, por exemplo, impõe-se a busca pelo contentamento progressivo e continuado, marcada pela dignidade da pessoa humana para todos. Neste processo, questões econômicas carecem de análise. Mas isto não significa, como sugere a Análise Econômica do Direito, a necessidade da substituição da eficiência jurídica pela

eficiência econômica, vez que esta não se preocupa com os valores éticos da justiça.¹⁶⁵⁹

À vista disto, nos Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, defensor dos direitos e garantias fundamentais, afigura-se, então, mais interessante se aderir ao pensamento rawlsiano,¹⁶⁶⁰ o qual privilegia as liberdades fundamentais e direitos básicos, em detrimento das vantagens exclusivamente econômicas, como ideia de construção de uma sociedade democrática e justa. Assim é porque todas as pessoas possuem uma “[...] inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros”.

Sendo assim, aliado, também, ao raciocínio de Küng,¹⁶⁶¹ o Direito, e seus aplicadores, precisam, ainda, ser conduzidos por razões éticas, as quais não devem ser substituídas por critérios puramente econômicos ou políticos, desvirtuadas do valor mais nobre, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Para tanto, há de existir implicações de cunho prático, ou melhor, deve-se questionar os imperativos da realidade criticamente, e corrigindo-os politicamente. Além disto, quando sucitarem conflitos éticos, a força normativa factual precisa ser regulada por normas institucionais de controle do poder e, principalmete, por uma concepção de economia global que esteja ligada, politicamente, aos objetivos humanos e sociais.

Ainda, consoante as ideias de Ferraz Júnior,¹⁶⁶² associa-se o direito a uma exigência moral de justiça, para ter sentido, ou seja, o direito é uma prática social, as quais carecem de um sentido para os agentes que nela estão envolvidos. Então, sendo o sentido pressuposto interno da prática social, pode-se considerar a justiça como o parâmetro interno da prática social, denominada direito. Logo, sem dúvidas, as normas jurídicas e decisões judiciais podem ser tidas como injustas.

¹⁶⁵⁹ CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência em vez de justiça? uma abordagem crítica sobre os fundamentos filosóficos da análise econômica do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 233-251. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o>. Acesso em: 12 set. 2021.

¹⁶⁶⁰ RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de: *A theory of justice*. p. 04.

¹⁶⁶¹ KÜNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

¹⁶⁶² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

Enfim, o direito privado dos ideais de justiça e bem comum, perde o sentido, “[...] embora não perca necessariamente império, validade, eficácia”, porém, o interessante aqui é que, em tempos complexos, o homem, assim como a sociedade, cujo “[...] sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviveu com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despudorado cinismo”, em prol do econômico.¹⁶⁶³

Nesta visão – da Análise Jurídica da Economia – o direito – e suas instituições – deixam de ser um instrumento utilizado em benefício da economia – e suas organizações –, para se tornar meio de construção e realização de uma sociedade democrática e justa. Neste sentido, para Laender,¹⁶⁶⁴ em especial, é muito importante a existência de alternativas ao contemporâneo pensamento jurídico, e isto se dá, paradigmaticamente, pela necessidade de se auxiliar a democracia, “[...] compreendida como principal instrumento social de formulação de projetos de justiça”. Na mesma linha é, ainda, a opinião de Castro¹⁶⁶⁵ sobre a democracia ser vista, também, como um critério pragmático para a realização da justiça, visto que:

[...] é na criação de novos papéis e nas oportunidades para a redefinição das relações sociais e instituições que reside a liberdade, entendida como ‘poder prático de transformação social’. Tal transformação social corresponde a mudanças nas hierarquias sociais herdadas, não negociadas no presente, e que definem a ordem corrente da sociedade.

Em síntese, a AJE não tem – neste trabalho científico – a intenção de, repentinamente e milagrosamente, dar repostas fáceis, corretas e simples para os inumeráveis problemas sociais, complexos, multiformes e heterogêneos, ou mesmo fazer juízo baseado em critérios absolutos, para compreendê-los, mas sim, conceber a inicial ideia de que as soluções deles suplicam por pesquisas, recursos, esforços,

¹⁶⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 330.

¹⁶⁶⁴ LAENDER, Gabriel Boavista. **O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional**. 2014. p. 242. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/15997>. Acesso em: 24 set. 2021.

¹⁶⁶⁵ CASTRO, Marcus Faro de. Análise jurídica da política econômica. **Revista da PGBC**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 30, jun. 2009. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

tempo e, também, coragem para ir além da hermenêutica, na busca, incessante, pela efetivação de direitos. Em razão disto, a abordagem a que é filiada a pesquisa preza pela possibilidade de uma nova via de acesso para superar os obstáculos que tornam as sociedades injustas para uma grande parcela da população, o direito como agente maximizador de desenvolvimento humano, por meio da economia.

Assim, nem de longe esta perspectiva teórica responde a todas as perguntas referentes à justiça, mas abre um novo horizonte de possibilidades, em que, de algum modo, consegue-se identificar a solução mais humana, digna e justa, diante de um conflito de interesses concreto, o que possibilita a formulação de uma teoria da decisão judicial que, racionalmente e coerentemente, tenha por objetivo o direito ao desenvolvimento humano. Assim, na sequência, buscar-se-á percorrer, por meio da Análise Jurídica da Economia, o árduo caminho da efetivação do direito ao desenvolvimento.

5.5 A Análise Jurídica da Economia como concretização do direito ao desenvolvimento

Como mencionou-se alhures, a sociedade passou, principalmente no último século, por profundas alterações, que atingiram todas as nações e a população mundial. Estas mudanças resultam dos impactos gerados, em especial, pelo progresso tecnológico, informacional e comunicativo, o que, na atualidade, “[...] têm o poder de reestruturar o modo de vida das pessoas na maioria dos países, influenciando, inclusive, a vida cotidiana das pequenas localidades, que também passam a ser moldadas pela tecnologia e meios de comunicação globais”.¹⁶⁶⁶ Eis a globalização, que integra realidades e impacta o modo de pensar da maioria das pessoas do planeta.

Assim, houve modificações tão profundas que transformaram o planeta num locus de interatividade e interconectividade entre o espaço-tempo, o que transfigurou o modelo tradicional de mundo, ao promover a constante necessidade de evolução do

¹⁶⁶⁶ BOZZA, Roseli de Fátima Bialeski. **Direito ao desenvolvimento na era da globalização econômica**: ordem econômica constitucional e as empresas transnacionais. 2012. p. 10. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_ad7643d0b1738389558173eae29bf462. Acesso em: 24 jul. 2021.

político, cultural, jurídico e o econômico, os quais, agora, segundo Unger,¹⁶⁶⁷ é permeado por processos mentalmente intensivos, de alta tecnologia, mas, ainda, confinado a uma elite tecnológica e empresarial, e que, por isto, é fato gerador de desigualdades para toda a sociedade.

Diante desta nova configuração, o Estado, por sua vez, não consegue se manter inatingível e, ao que parece, enfraquecido em sua soberania, com território fluído e com autonomia diluída pelas exigências das grandes organizações transnacionais, assim é que “[...] perde o viço, tragado pela força incoercível do processo de globalização econômica, se robustecem as instâncias supranacionais de poder”.¹⁶⁶⁸ Destarte, neste novo cenário, o mercado econômico assume o papel de intermediador das relações econômicas, o qual era, até então, ocupado pela figura do Estado, que agora se retrai ao ponto de não significar ônus significativo àquele.¹⁶⁶⁹

Neste sentido, carece, então, os Estados-nação de ajustes estruturais, a fim de adaptar-se às economias mundiais, de modo a tornar mais chamativo, sob o ponto de vista dos investidores internacionais, o que coloca em dúvida sua capacidade de manutenção e implementação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Para Sarmento:¹⁶⁷⁰

A carência de recurso, investimentos e empregos, leva muitos Estados a atrair tais empresas, flexibilizando o seu direito interno para permitir a utilização de *lex mercatoria* pelos grupos multinacionais. Os países que não o fazem são abandonados pelo capital sem pátria, que vai buscar abrigo nos Estados cujo ordenamento for mais benévolo. Com isso, surge um novo direito comum, que tende a ser universalizado entre os atores econômicos internacionais, produzido não pelo Estado ou por qualquer organização internacional, mas pelo próprio mercado, com base na lógica que lhe é inerente. Esta nova realidade é atemorizante, na medida em que o mercado não tem ética, pois objetiva a expansão do lucro, ainda que à custa do agravamento de problemas sociais e do desrespeito aos direitos humanos (grifos do autor).

¹⁶⁶⁷ UNGER, Roberto Mangabeira. **Economia do conhecimento**. Tradução Roberto Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. Tradução de: The knowledge economy.

¹⁶⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 24, jan./mai. 1999.

¹⁶⁶⁹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁶⁷⁰ SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 28, jan./mai. 1999.

Destarte, “[...] a partir do momento que a dinâmica do mercado foge ao controle dos Estados, o processo de desenvolvimento da pessoa humana tende a sofrer uma regressão ocasionada pelo impacto da globalização”.¹⁶⁷¹ E mais, resta claro que “[...] ao deliberar a força dos Estados, o processo de globalização econômica subtrai dos mesmos a capacidade efetiva de promover, no mundo real, os direitos humanos proclamados pelas constituições e pelas declarações internacionais”.¹⁶⁷²

Diante disto, o ente político tende a se omitir, ante a alegação de ausência de recursos financeiros, o que faz aprofundar, ainda mais, as situações de miséria e injustiça social, acima de tudo em países de capitalismo periférico, como é o Brasil, os quais são os mais afetados pelos efeitos excludentes da globalização econômica.¹⁶⁷³ Para Buffon,¹⁶⁷⁴ a globalização desconsiderou, quase que totalmente, os efeitos sociais decorrente deste processo e, mais que isto, transformou o Estado, agora mínimo, em espectador, no que denomina o autor como banquete indesejado, promovido pelo mercado, na busca, incessante, por maximização de resultados, fator que determinou o agravamento da pobreza até em países desenvolvidos.

Sendo assim, nota-se que a economia e o poder econômico, em uma sociedade capitalista globalizada, exercem papéis essenciais, os quais influenciam a concretização, ou o desrespeito, dos direitos fundamentais e, por consequência, a dignidade da pessoa humana.¹⁶⁷⁵ Então, em países em que a legislatura luta com um grande déficit democrático e, até que este seja suplantado, em algumas circunstâncias, os tribunais pátrios terão que responder às solicitações sociais, ainda não atendidas pelas vias legais de reivindicações de direitos.¹⁶⁷⁶

¹⁶⁷¹ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 122-123.

¹⁶⁷² SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 29, jan./mai. 1999.

¹⁶⁷³ SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 19-34, jan./mai. 1999.

¹⁶⁷⁴ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁶⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 19-34, jan./mai. 1999.

¹⁶⁷⁶ BARROSO. Luís Roberto. Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). **Democratizing Constitutional Law**: perspectives on Legal Theory and the legitimacy of constitutionalism. Heidelberg: Springer, 2016, p. 71-90.

Neste aspecto, observa-se que a corrente realidade social se qualifica, especialmente, pelos elementos determinados por uma sociedade que prioriza o capital, o consumo, o lucro, o individualismo e, tudo isto, muitas vezes, cingido de maneira inescrupulosa e em descompaço com as reais necessidades das pessoas. Acontece que, “[...] nem sempre o respeito aos direitos fundamentais, como ocorre no caso do direito ao desenvolvimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, garante o lucro; pelo contrário, por vezes o inibe”.¹⁶⁷⁷

Com efeito, verifica-se que a Constituição brasileira de 1988 cuidou de garantir os direitos fundamentais para todos os cidadãos, o que é, de fato, importante, ao levar em consideração que, por meio deles, há uma verdadeira possibilidade de as pessoas viverem dignamente, ou seja, sob um véu de direitos que prioriza a dignidade humana. Porém, a Carta Maior nacional não teve a mesma dedicação com os deveres fundamentais, os quais possuem um relevante papel na proteção e promoção dos direitos essenciais dos indivíduos,¹⁶⁷⁸ dentre eles o direito ao desenvolvimento humano.

Logo, diante do que se considerou no capítulo 4, resta evidente a proteção dispensada pelo constituinte pátrio ao direito ao desenvolvimento, que está, com certeza, descrito como um direito fundamental. Entretanto, a questão que se levanta diz respeito a sua efetividade, dado que, conforme esclarece Hesse,¹⁶⁷⁹ a condição de eficácia da Constituição de um país está na coincidência entre a realidade e a norma, e, por sua vez, “[...] o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”.

À vista disto, de acordo com o entendimento de Ribeiro, a atuação do Estado, atualmente, encontra-se em dissonância com o que os cidadãos esperam dele, ou seja, “a crise do Estado decorre da gritante disparidade entre a demanda social e a resposta política. Hoje, não se pede ao Estado apenas proteção, mas muito mais que

¹⁶⁷⁷ LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 111.

¹⁶⁷⁸ BUFFON, Marciano; JACOB, Lilian Ramos. O Estado Democrático de Direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 103-116, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/66/55>. Acesso em: 14 set. 2021.

¹⁶⁷⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabres, 1991. Tradução de: Die normative Kraft der Verfassung. p. 03.

isso, e ele não tem poder suficiente para realizar o que dele se espera”.¹⁶⁸⁰ Assim, observa-se que o ente público não corresponde às expectativas esperadas pelos cidadãos, ou seja, ele não funciona “[...] a contento a serviço da coletividade e de que se têm esquecido da sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o bem comum [...]”¹⁶⁸¹ e, em virtude disto, a maioria das pessoas não conseguem efetivar a aspiração de desenvolverem-se humanamente.

Segundo Furtado,¹⁶⁸² o que fomenta a desigualdade e a exclusão social e, por sua vez, dificulta o desenvolvimento digno dos indivíduos, é a concentração de poder econômico nas mãos de grandes instituições transnacionais, fator que assevera para mais diferenças entre ricos e pobres dentro das nações. Logo:

Pensar que o mercado vai substituir o Estado é uma ilusão. São as grandes empresas que têm planejamento próprio que vão comandar o processo social, em função de objetivos que nos escapam. As empresas têm uma lógica própria, que eu respeito: é a lógica do complexo multinacional, que age no quadro de sistemas jurídicos diversos, trata de maximizar vantagens atravessando fronteiras e ignora a racionalidade própria de cada país.¹⁶⁸³

Para Krell,¹⁶⁸⁴ neste mesmo sentido, diante do esvaziamento do Estado – enquanto poder público –, para dar condições para a implementação de serviços essenciais e políticas públicas que corroborem para o desenvolvimento da maioria da população, à vista, é claro, das normas previstas pelo seu ordenamento jurídico, aumenta a procura e, em consequência, a responsabilidade do poder judiciário na realização de direitos que assegurem a dignidade social dos indivíduos, em especial em países recém democratizados, como é caso do Brasil.

Em verdade, muitos países que vivenciaram a modernidade tardia – a exemplo o Brasil – não demonstram, em concreto, que conseguem atingir a eficácia plena dos

¹⁶⁸⁰ RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 94, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/533>. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁶⁸¹ RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 94, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/533>. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁶⁸² FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

¹⁶⁸³ FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. p. 80.

¹⁶⁸⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

direitos fundamentais e sociais. Porém, a efetivação destes é, deveras, considerada uma temática bastante complexa – e que, sem dúvida, envolve questões para além da problemática desta tese –, mas que, encontra-se, atualmente, indicada na Constituição Federal de 1998 e merece ser promovida.¹⁶⁸⁵ Logo, quando os órgãos incumbidos da realização destes direitos não tomam as devidas decisões políticas, “[...] estimulam os cidadãos a ajuizar ações perante o Poder Judiciário no intuito de que este, por meio de suas prerrogativas, possa exigir dos demais Poderes [...], as ações necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais”.¹⁶⁸⁶

Barroso,¹⁶⁸⁷ ao citar caso parecido, comenta que os tribunais superiores desempenham, sobretudo após a segunda grande guerra, uma função representativa, pela qual satisfazem demandas sociais não atendidas pelo parlamento, fato considerado extremamente importante em países que experimentaram uma redemocratização tardia, onde “[...] o processo majoritário muitas vezes não atende os pleitos da sociedade devido às distorções históricas na distribuição de poder e renda pela sociedade”.¹⁶⁸⁸

Em uma análise sobre o poder judiciário, Zaffaroni,¹⁶⁸⁹ na mesma linha de pensamento, aduz que “o limite entre o político e o judicial não pode ser definido formalmente no Estado moderno. A justiça moderna não pode ser ‘apolítica’ nesse sentido, e hoje mais do que nunca se deve reconhecer que o poder judiciário é governo”. Pois, comumente, o poder jurisdicional – nas decisões judiciais – lida com contendas:

[...] no emprego e desemprego, no reconhecimento de débitos
condições contratuais a gerar riqueza ou não, no amparo do

¹⁶⁸⁵ SANTOS, Daniela dos; PELLENZ, Mayara. Reflexões sobre o papel do poder judiciário brasileiro na efetivação dos direitos fundamentais sociais. *In: Encontro Nacional do CONPEDI*, 23., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 422442. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=211>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁶⁸⁶ SANTOS, Daniela dos; PELLENZ, Mayara. Reflexões sobre o papel do poder judiciário brasileiro na efetivação dos direitos fundamentais sociais. *In: Encontro Nacional do CONPEDI*, 23., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 424. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=211>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁶⁸⁷ BARROSO. Luís Roberto. Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts. *In: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). Democratizing Constitutional Law: perspectives on Legal Theory and the legitimacy of constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016, p. 71-90.

¹⁶⁸⁸ PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 51.

¹⁶⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 24.

hipossuficiente assolapado em precárias condições de higiene e saúde, na restauração judicial da dignidade da pessoa diante de aviltante tratamento concedido por parte de serviços públicos ínfimos ofertados pelo próprio Estado (Previdência, Transporte, habitação, lazer etc), dentre outras questões e situações.¹⁶⁹⁰

Importante frisar, neste ponto, como descreve Lino,¹⁶⁹¹ que:

As relações humanas são inúmeras e diversas. Embora na Economia atual quase tudo pareça se limitar ao valor financeiro das relações, é importante frisar que o Direito, como conceito ligado à moral, visa dar satisfação a diversos elementos que não se restringem tão somente à Economia, como a dignidade da pessoa humana.

Nesta linha de entendimento, compete, então, ao Poder Judiciário – quando provocado e na escusa da Administração Pública – o exercício de um papel mais ativo, ou seja, o de garantir – pragmaticamente – os direitos básicos dos cidadãos, já, preestabelecidos nas legislações de cunho ordinário ou constitucional. Pois, assim, poderá, realmente, assegurar a eficiência de políticas públicas que proporcionem a prestação de serviços básicos e, também, a salvaguarda de direitos que protejam o desenvolvimento humano, visto que estes são constitucionalmente certificados, via, principalmente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Então, diante da urgência da população pela concretização de direitos fundamentais e da negativa do ente estatal – poderes Executivo e Legislativo – de efetuar-los, tendem as pessoas a buscarem no poder Jurisdicional os meios necessários para assegurar suas reivindicações. Neste contexto, o Poder Judiciário, nos dizeres de Streck,¹⁶⁹² converteu-se em um recurso fundamental para que os cidadãos consigam, minimamente, garantir a efetivação de suas necessidades não realizadas por outros Poderes, mas constitucionalmente previstas. Além disto, consolida-se como uma figura de resistência contra retrocessos sociais, pois protege os direitos fundamentais das pessoas da incerta ingerência legislativa ou executiva.

¹⁶⁹⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Dimensão social do processo, direito e desenvolvimento. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 48, jul./dez. 2012. Disponível em: apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/281/223. Acesso em: 12 jun. 2019

¹⁶⁹¹ LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 55.

¹⁶⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Por outro lado, “[...] o Poder Judiciário não pode sob nenhum pretexto se escusar de julgar a lesão e tampouco a ameaça de lesão de qualquer direito”.¹⁶⁹³ Logo, todo comportamento da Administração Pública que, de algum modo, tenha como consequência a diminuição de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, por conseguinte, está sempre sujeito à avaliação pelo Poder Judiciário, o qual hodiernamente se sobressai diante da necessidade de garantia de prerrogativas individuais e coletivas.

Ademais, vale clarificar, também, que, ante a complexidade das relações sociais na contemporaneidade, reinvidica-se do sistema jurisdicional – especialmente por caracterizar-se como um dos meios indispensáveis para assegurar a tutela dos direitos das pessoas que demandam uma maior atenção – um contínuo aperfeiçoamento, sempre com o objetivo de reafirmar o efetivo exercício dos direitos fundamentais – e com eles o desenvolvimento humano. Neste sentido, como apontou-se na essência deste trabalho:

[...] a tutela jurisdicional com vista a garantir a tutela dos direitos, especialmente do direito ao desenvolvimento, deve ser concedida levando todos os fatores que influenciam a complexa vida social contemporânea, realizando a devida junção do Direito e da Economia com a política, sempre com o fim de garantir o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, e jamais o crescimento, a qualquer preço, da Economia.¹⁶⁹⁴

Porém, como destaca o capítulo 3, a junção entre o direito e a economia – a Análise Econômica do Direito – quando concentrada exclusivamente na maximização de riqueza, não se compadece com a igualitária redistribuição de renda. Sob este enfoque, [...] uma situação ótima do ponto de vista econômico pode ser bem desigual e injusta, no que diz respeito à distribuição dos recursos financeiros, apresentando a sugestão distributiva para acompanhar a eficiência”.¹⁶⁹⁵

Ocorre, também, que, como demonstra o capítulo 4, o direito ao desenvolvimento está muito além, do ponto de vista meramente econômico, posto que

¹⁶⁹³ LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 114.

¹⁶⁹⁴ LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 114.

¹⁶⁹⁵ CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade econômica no direito. Teresina, **Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, p. 231, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1084/870>. Acesso em: 18 set. 2021.

não mais corresponde à exclusiva concepção de crescimento econômico, visto que atualmente seu conceito coaduna-se com a concretização dos direitos inerentes ao próprio gênero humano – a liberdade, a equidade, a solidariedade ou, mesmo, ao próprio direito a ter direitos. Ou seja, hoje existe dois aspectos – o econômico e o humano – a serem considerados para existência, efetiva, do direito ao desenvolvimento.

Logo, a racionalidade econômica não pode ser a única perseguida pelo processo de tomada de decisão, mas devem, igualmente, ponderar sobre os conceitos de justiça, os quais – em uma racionalidade jurídica – focada nos verdadeiros valores do ser humano, na sua dignidade e no desenvolvimento em si mesmo, “[...] e não um aspecto econômico, que deve apenas servir como critério secundário de ‘desempate’ que possivelmente auxilie o juiz de direito na decisão de um caso concreto”.¹⁶⁹⁶

Assim, esta forma de pensar possibilitaria a realização de uma verdadeira Análise Jurídica da Economia. Deste modo, o intuito da economia seria, pois, “[...] assegurar tais bens (incluindo educação, trabalho e saúde), que possibilitariam a todos a realização de seus próprios destinos de acordo com as respectivas concepções de bem de cada”.¹⁶⁹⁷ Para tanto, Rawls¹⁶⁹⁸ defende a existência de condições – princípios – orientadoras do desenvolvimento da sociedade e da “maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”. Então:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que sejam compatíveis com um sistema semelhante de liberdades para todos. [...]. As liberdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁹⁶ CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade econômica no direito. Teresina, **Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, p. 232, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1084/870>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁶⁹⁷ CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade econômica no direito. Teresina, **Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, p. 227, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1084/870>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁶⁹⁸ RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de: A theory of justice. p. 8.

¹⁶⁹⁹ RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de: A theory of justice. p. 333.

Almeida,¹⁷⁰⁰ em sua análise jurídica, interpreta Rawls e esclarece:

Os dois princípios são submetidos a duas regras de prioridade: em primeiro lugar, os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical, ou seja, os direitos fundamentais – as liberdades básicas – só podem ser restringidos em nome da liberdade. Em segundo lugar, os dois princípios se submetem à prioridade da justiça sobre a eficiência. Assim, o segundo princípio, que determina a ordenação das desigualdades econômicas e sociais de modo que tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos é lexicalmente anterior a considerações de eficiência e de maximização de utilidade. Ou seja, considerações de eficiência e maximização de utilidade só devem ser levadas em consideração se trouxerem o maior benefício possível para os menos favorecidos.

O que se vê, então, é a impossibilidade de o direito afastar-se dos ideais de igualdade, fraternidade e solidariedade, bem como de outros valores e princípios jurídicos importantes, tais como ética, equidade e liberdade. Nestas palavras, impende a Análise Jurídica da Economia “[...] como forma de mediar os possíveis conflitos de valores do econômico e do jurídico para assegurar a evolução e concretização dos direitos humanos dos atuais habitantes do planeta e das gerações futuras”.¹⁷⁰¹

Portanto, nestes termos, a utilização dos pressupostos da Análise Econômica do Direito – especificamente em sua abordagem descritiva – deve visar à análise do comportamento dos agentes econômicos – nesta tese, principalmente, os profissionais jurídicos –, bem como, os efeitos das decisões judiciais, com vistas não à maximização de riqueza e lucros, mas sim, à garantia da dignidade da pessoa humana – por meio da efetivação do direito ao desenvolvimento humano – de modo a possibilitar uma verdadeira Análise Jurídica da Economia.

Assim, diante da atual conjuntura sócio-econômica, a união entre Direito e Economia é capaz de ajudar na compreensão de como os atores sociais – agentes econômicos – se comportam, e, por sua vez, fornecem alternativas válidas, em especial para resolver a questão da ineficácia dos direitos fundamentais.¹⁷⁰² Deste

¹⁷⁰⁰ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 49-101, 2007. p. 72.

¹⁷⁰¹ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 212, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁷⁰² LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

modo, uma visão econômica que transforma o ser humano em uma estatística, precisa ser efetivamente modificada, visto que valores não quantificados, como o dinheiro, transformam as pessoas apenas em números.¹⁷⁰³

A título de exemplo, realizar-se-á a análise de uma jurisprudência que estampa uma situação em que se considerou os valores humanos mais justos, ainda que, aparentemente, a sociedade tenha perdido em valores econômicos. Senão veja:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JULGAMENTO CONJUNTO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. EXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. ARTIGO 543-B DO CPC E ART. 328 DO RISTF.

1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação.

2. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da repercussão geral da questão relativa ao fornecimento de **medicamentos** de alto **custo**. Aplicação do art. 543-B do CPC.

3. Agravo regimental do Estado do Ceará não provido e agravo regimental interposto pela União prejudicado.

(AgRg no RE 818572/CE, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 05/11/2014).¹⁷⁰⁴

A ementa acima, assim como muitas outras no mesmo sentido, é da Corte Constitucional brasileira e se coaduna com um cenário onde, em virtude da ausência de efetivação de políticas públicas pelo Poder Executivo, responsável pela sua implementação, surge a necessidade, pela via judicial, de se intervir em questões, neste caso, referentes à concessão de medicamentos de alto custo.

Portanto, ante os valores almejados pelos cidadãos – o direito à saúde constitucionalmente consubstanciado – e a omissão do ente estatal quanto a sua

¹⁷⁰³ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁷⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). **Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário n. 818572 Ceará**. Agravos regimentais no recurso extraordinário. Julgamento conjunto. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Solidariedade entre os entes federativos. Existência. Fornecimento de medicamentos de alto custo. Repercussão geral reconhecida. Devolução dos autos à origem. Artigo 543-B do CPC e art. 328 do RISTF. 1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, [...]. Agravante: Estado do Ceará, Agravado: Luzanira da Silva Lopes, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7134429>. Acesso em: 29 set. 2021.

prestação, resta clara a responsabilidade do Poder Judiciário em garantir o acesso universal e igualitário aos serviços públicos que concedam a promoção e proteção ao direito à saúde daqueles que mais necessitam, pois isto é, também, garantir o direito ao desenvolvimento das pessoas.

É certo, porém, que não há como se desconsiderar os custos para promover os direitos fundamentais – aqui o direito à saúde – nem a importância deles para cada pessoa e para a sociedade. Assim, a ampliação da expectativa de vida dos indivíduos, aliada a novos tratamentos, ao aumento dos preços e à escassez de recursos públicos conduz, inevitavelmente, ao crescimento da demanda ao ente jurígeno e, evidentemente, a “[...] conclusão de que a realização do direito social à saúde apresenta custos econômicos e, portanto, elevados custos de transação para os agentes envolvidos – Estado e particulares”.¹⁷⁰⁵

Sendo assim, a partir do pressuposto de que os agentes pensam racionalmente e, por tal motivo, ponderam sobre os custos e os benefícios de suas escolhas, eles tendem, sempre, à maximização do seu próprio bem-estar. Ou seja, “[...] um indivíduo racional sabe de suas vontades, de tal maneira que em uma gama variada de decisões, há de haver uma de sua maior preferência, que lhe dê uma maior satisfação pessoal”.¹⁷⁰⁶ Ou melhor, frente às várias possibilidades para a destinação de recursos, um sujeito racional decidirá pela opção que lhe forneça maior benefício.

Então, em uma verdadeira Análise Jurídica da Economia, os julgadores – enquanto agentes racionais – precisam, também, ponderar sobre quais serão os efeitos de suas decisões, não somente na esfera econômica, como propõe a AED, mas sim quanto aos benefícios que estas ocasionarão para o processo de desenvolvimento das partes envolvidas, em especial para toda a sociedade, a qual depende, e muito, da concretização dos direitos fundamentais, para que todos os seus membros alcancem o pleno desenvolvimento humano. Contudo, conforme Lino,¹⁷⁰⁷

¹⁷⁰⁵ SILVA, Marco Aurélio Souza da; GONÇALVES, Everton das Neves. Direito e economia na consecução de políticas públicas para saúde no Brasil: a *public choice* no orçamento, na judicialização e no ativismo judicial. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 23, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/2233/pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁷⁰⁶ CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade econômica no direito. Teresina, **Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, p. 223-224, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1084/870>. Acesso em: 18 set. 2021.

¹⁷⁰⁷ LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

não é uma práxis do Poder Judiciário analisar a realidade e as necessidades sociais, e sim, observar apenas os custos e benefícios individuais.

Em verdade, consoante aclara a jurisprudência retro, quando o Poder Judiciário manifesta-se positivamente sobre demandas que envolvem direitos fundamentais – tendo como exemplo os assuntos que circundam o direito à saúde – além de oferecer uma resposta segura para o indivíduo, ao atender a solicitação para a concretização de um direito precípua, o órgão julgador necessita, também, de, por meio da sua manifestação, compelir o Estado – e outros agentes econômicos – a realizar investimentos econômicos e a respeitar os direitos fundamentais, independente de judicialização. Logo, durante o processo de tomada de decisão jurígena, o juízo tem que pensar – racionalmente – sobre como esta decisão poderá forçar o ente público, e demais gestores, a efetivar os direitos e garantias fundamentais autonomamente, ou seja, sem que seja compelido pelo poder jurisdicional.

Ilustrativamente, no ano 2019 os gastos com medicamentos concedidos via judicialização – “meio para que os pacientes tenham garantido o seu direito de acesso à saúde e aos medicamentos” – totalizaram, aproximadamente, 1,3 bilhões de reais.¹⁷⁰⁸ Enquanto isto, durante o mesmo período, a receita anual de investimentos em saúde no país diminuiu em torno de 20,19 bilhões de reais. Ou seja, segundo dados do Conselho Nacional em Saúde, houve um encolhimento no orçamento de 2,23% dos recursos destinados a esta área pelo Governo Federal.¹⁷⁰⁹

De acordo com a análise realizada por Negri e Koeller, em termos reais, o orçamento previsto para o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, que no ano de 2015 alcançou quase 23 bilhões reais, em 2019 não passou de 14 bilhões reais, o que equivale a uma queda de 40%, em quatro anos – que também é inferior aos recursos disponibilizados ao mesmo órgão em 2005.¹⁷¹⁰ Destes, o Ministério da Saúde, destinou apenas 20 milhões de reais para novos

¹⁷⁰⁸ SAÚDE perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016. *In*: Conselho Nacional em Saúde, Brasília, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>. Acesso em: 28 set. 2021. Não paginado.

¹⁷⁰⁹ INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Orçamento temático de acesso a medicamentos 2019**. Brasília: INESC, 2020. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/12/OTMED-2020.pdf>. Acesso: 28 set. 2021.p. 15.

¹⁷¹⁰ NEGRI, Fernanda De; KOELLER, Priscila. O declínio do investimento público em ciência e tecnologia: uma análise do orçamento do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações até o primeiro semestre de 2019. **Nota Técnica**, Brasília, Diset – Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura, n. 48, p. 07-11, 2019.

grupos de pesquisa em desenvolvimento de fármacos e biofármacos realizados em parceria com a indústria Empresa Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial.¹⁷¹¹

Por outro lado, o mercado farmacêutico brasileiro, em 2019, cresceu cerca de 10,74%, em relação ao ano anterior, o que representa aproximadamente 2% do mercado mundial, de modo que ocupa a sétima posição, em termos de faturamento, no ranking das vinte maiores economias do mundo e fica à frente do México, Colômbia e Argentina, na América Latina.¹⁷¹² Então, em reais, o mercado farmacêutico faturou, no ano em comento, próximo de 90 bilhões, incentivado, em especial, pelo mercado institucional, que atinge vendas ao governo, às clínicas, aos hospitais e aos planos de saúde, ultimando 27,8 bilhões.¹⁷¹³

Além disto, existe, ainda, o perverso sistema de incentivos para a submissão de propostas de patente, o que cria significativas barreiras para a entrada e exclusão de concorrentes no mercado de medicamentos, e tende, também, a gerar efeitos negativos nos investimentos em pesquisa – apesar de ser uma proteção à pesquisa realizada – e, conseqüentemente, prejudicar o acesso das pessoas a estes produtos e à possibilidade de desenvolver-se dignamente.

Assim, exemplificativamente, o custo econômico somente para a aquisição de medicamentos vendidos ao ente público brasileiro durante o período de análise de patente – entre 2014 e 2017 – e associado a 937 medicamentos, ficou entre 47,5 e 58,4 bilhões de reais.¹⁷¹⁴ E o questionamento que importa fazer é: qual a razão pela qual os agentes políticos não investem em pesquisa científica, de modo a relegar o Brasil à eterna colônia, produtos de commodities e desindustrializado?

¹⁷¹¹ LARA, Mahila. **Ministério da Saúde investe R\$ 20 milhões em inovação na produção de fármacos e biofármacos**. In: Ministério da Saúde, Brasília, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-saude-investe-r-20-milhoes-em-inovacao-na-producao-de-farmacos-e-biofarmacos>. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁷¹² SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS (SINDUSFARMA). **Perfil da indústria farmacêutica e aspectos relevantes do setor**. São Paulo: Sindusfarma, 2020. Disponível em: https://sindusfarma.org.br/uploads/Publicacoes/Perfil_IF2020_PORT.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁷¹³ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS (FIPE). **Custo econômico das patentes que gozam do prazo do parágrafo único do artigo 40 da lei de propriedade industrial**: relatório preliminar. São Paulo: 2021. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2021/04/5506-RELATA-RIO-PRELIMINAR-MAR-21_rev.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁷¹⁴ FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS (FIPE). **Custo econômico das patentes que gozam do prazo do parágrafo único do artigo 40 da lei de propriedade industrial**: relatório preliminar. São Paulo: 2021. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2021/04/5506-RELATA-RIO-PRELIMINAR-MAR-21_rev.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

Caso a opção pela desindustrialização e o baixo investimento em pesquisa científica, por exemplo, se trate de escolha política, o Poder Judiciário – o qual, conforme narrou-se anteriormente, possui importante papel na efetivação de direitos fundamentais, especialmente em democracias jovens – deve ponderar sobre tais questões, ainda que em decisões individuais e voltadas a casos concretos, a fim de impelir o gestor público – ou até mesmo o setor privado – a realizar escolhas racionais, no sentido da efetivação do direito ao desenvolvimento.

Conforme se nota, a partir de todos os dados acima dispostos, altíssimos são os gastos públicos com a aquisição e concessão de fármacos aos cidadãos, em especial, os mais necessitados. Entretanto, percebe-se, também, que muitos são os entraves ao acesso dos indivíduos a estes mesmos produtos, bem como, são ainda menores os investimentos do ente público em ciências e tecnologias que garantam o seu alcance, ou seja, para o desenvolvimento de medicamentos novos ou similares. Assim, incentiva-se, sobremaneira, o setor privado a crescer e lucrar, progressivamente, em decorrência da grande demanda e, por vez, da ausência de investimentos internos em políticas que favoreçam e facilitem a aproximação das pessoas com o desenvolvimento humano.

Nesta perspectiva, cabe ao Estado – e ao restante dos agentes econômicos – mensurar as vantagens da canalização de capital, para a efetivação de políticas públicas – sem a necessidade de judicialização –, de maneira a gerar rendimentos e produzir riquezas, não somente econômica, mas sim como ferramenta impulsionadora do aumento do índice de desenvolvimento do Estado-nação e dos seus concidadãos. Isto porque, diante da não existência dos devidos investimentos – como no caso da aquisição de medicamentos – o gestor público acaba por obtê-los por preços mais elevados – principalmente por causa do poder da indústria farmacêutica e suas patentes.

Deste modo, a não racionalização da necessidade de incentivar as pesquisas, as ciências e as tecnologias avançadas – pelo ente público – dentro das fronteiras do próprio país, infelizmente, faz com que o alcance ao desenvolvimento fique, paulatinamente, cada vez mais distante. Para Krell, perante “a prestação concreta de

serviços públicos precários e insuficientes por parte de municípios, dos estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais”.¹⁷¹⁵

Neste sentido, as decisões judiciais não devem ser somente no sentido de punir o agente econômico a pagar uma indenização a um indivíduo isolado – ou a fornecer o medicamento pleiteado, por exemplo – na busca pela concretização de um direito fundamental, mas sim no sentido de desestimular a judicialização e, com isto, estimular investimentos em políticas públicas, em políticas de pesquisas, em políticas econômicas, a reforma legislativa e o respeito aos direitos fundamentais, pois isto trará, conseqüentemente, o desenvolvimento para o país e seus membros. Com efeito, o sistema jurisdicional, segundo entendimento de Cabral e Pinheiro,¹⁷¹⁶ tem um forte impacto no desempenho econômico de um Estado, pois atua de modo a canalizar progresso tecnológico, a eficiência das empresas, os investimentos públicos e a qualidade das políticas econômicas.

Então, a escassez de recursos, como baliza para o não reconhecimento pelo Estado de direitos, deve, sempre que reclamar intervenção jurídica, servir como uma oportunidade de se apontar uma solução viável aos agentes políticos, a fim de que atendam – e se atentem – às necessárias implementações sociais, na intenção de alterar o cenário de falta de meios econômicos para a satisfação de todos. Isto é a racionalidade típica da economia incorporada à racionalidade do intérprete jurídico, de maneira a compor mais um elemento para a construção de uma sociedade justa, digna e, sobretudo, desenvolvida.¹⁷¹⁷

Por este ângulo, pelo magistério de Sen,¹⁷¹⁸ uma economia voltada para o bem-estar das pessoas pode ser um meio para superar muitas desigualdades e a ausência de ética, além de proporcionar a liberdade. Acrescenta-se que o enriquecimento de poucos, em prol do empobrecimento de muitos, é uma maneira de negação a direitos fundamentais, entre eles o direito ao desenvolvimento.

¹⁷¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 60.

¹⁷¹⁶ CABRAL, Célia Costa. PINHEIRO, Armando Castelar. A justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas. In: DIAS, João Álvaro (coord). **Os custos da justiça**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 362-400.

¹⁷¹⁷ MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, ano 8, n. 32, p. 121-132, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/509>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁷¹⁸ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

Para tanto, é necessário, agora, voltar os olhares para a Teoria da Decisão Judicial e para a forma como os juízes desempenham sua atividade, num ambiente permeado por fatores de ordem econômica, na intenção de modificar, efetivamente, a utilização dos postulados da Análise Econômica do Direito para uma Análise Jurídica da Economia, como o fundamento das decisões judiciais e com o objetivo de contribuir para o direito ao desenvolvimento. Assim, parte-se para a etapa final.

5.5.1 Da Análise Jurídica da Economia como teoria da decisão judicial

No presente e derradeiro tópico, expor-se-á alguns argumentos, com o objetivo de propor uma Análise Jurídica da Economia, à luz do pragmatismo jurídico, como um paradigma contemporâneo para a fundamentação das decisões judiciais, a fim de contribuir para o direito ao desenvolvimento. Em outras palavras, é a possibilidade de empregar o método da Análise Econômica do Direito para estudar e justificar o processo judicial decisório, não com o fim de maximizar a riqueza, mas sim com vistas à dignidade da pessoa humana.

Assim, objetiva-se aqui elaborar e explicar uma teoria da decisão judicial, que contribua para a compreensão – pelos profissionais jurídicos – do direito na atualidade. Desta forma, nas palavras de Jorge Neto,¹⁷¹⁹ hodiernamente, é fundamental entender quais são “[...] os limites da atividade criativa dos juízes, o debate acerca da melhor interpretação [...], os limites do ativismo judicial e suas consequências para a separação dos Poderes”.

Observa-se, portanto, que a decisão jurídica é, em termos teóricos, a execução de uma conduta segundo o estabelecido pela norma jurídica. Isto é, uma deliberação judicial, praticada por uma autoridade pública, no desempenho da jurisdição. Ou seja, trata-se de uma manifestação realizada na qualidade de órgão revisor das condutas socialmente praticadas e com poder de impor, mediante o emprego da força intimidativa ou física, a concessão de direitos.¹⁷²⁰

Neste contexto, a Teoria da decisão judicial está no centro do fenômeno jurídico hodierno, mas, também, é fato que, na atualidade, diversos movimentos, técnicas e

¹⁷¹⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 260.

¹⁷²⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

teorias justificam o processo de tomada da decisão judicial, bem como, ponderam sobre o modelo que melhor se adequa ao sistema jurídico, à realidade e necessidade, em termos de direitos, da sociedade. Por isto, de acordo com Almeida e Rego,¹⁷²¹ “a decisão jurídica tem se mostrado uma das preocupações mais persistentes nos sistemas jurídicos dos países que se auto compreendem como Estado democráticos de direito”.

Neste sentido, para Jorge Neto,¹⁷²² por muito tempo, entendiam a decisão judicial como um ato isolado – produto apenas de um único juízo, de somente um processo e de argumentos apresentados por autor e réu. Porém, numa visão mais abrangente, as decisões jurígenas, no presente, podem – e devem – ser compreendidas como o produto de um diálogo que envolve toda a comunidade jurídica. Isto significa que, ao tomar a decisão, o julgador precisa levar em conta argumentos que vão além das partes envolvidas, de modo a observar as necessidades, também, da sociedade.

Logo, em uma sociedade em contínua transformação, torna-se inevitável que a interpretação e aplicação das normas jurídicas adquira papel de destaque, visto que os conflitos inerentes à vida em sociedade se intensificam e, com eles, elevam-se a complexidade das relações sociais. Assim, diante de demandas sociais cada vez mais complicadas, indispensável se faz uma figura harmonizadora, a qual, além de decidir as questões interpessoais e prover a paz social, também viabilize a própria vida em sociedade. Então, “num contexto de judicialização da vida privada, à medida que é crescente a busca do Judiciário para solução de questões, é natural que o processo de decisão do juiz ganhe relevância, enquanto objeto de estudo”.¹⁷²³

Para Lorenzetti¹⁷²⁴, a explicação para este fenômeno está, agora, na “[...] incorporação de critérios que provêm de

¹⁷²¹ ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3440>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁷²² JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

¹⁷²³ FEITOSA, Heloisa de Carvalho. O juiz como sistema: as decisões judiciais como processos de simplificação da complexidade à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 223. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=140>. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁷²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 359.

outras áreas, [...], como a moral, a sociologia, a economia, ou a técnica, que são introduzidos através de princípios, valores, conceitos indeterminados.”, àquele sistema formalista de direito – outrora fundado no positivismo lógico e na dogmática jurídica Kelseniana, cuja finalidade era a manutenção de um padrão coerente e apriorístico – aos poucos evoluiu para uma estrutura mais aberta e permeável, que possibilita uma maior racionalidade e protagonismo daquele que decide.¹⁷²⁵

Por conseguinte, especialmente quando a finalidade é garantir a efetividade dos direitos fundamentais, Krell¹⁷²⁶ afirma que, quanto menos politizada é a sociedade, menores são as chances de modificar ou influenciar a vontade política. Em razão disto, a responsabilidade do Poder Judiciário é elevada, no sentido de, por meio da tutela jurisdicional, garantir a concretização dos direitos fundamentais, não para uma ou outra pessoa, e sim para a maioria daqueles que estão a sua margem. Em Cappelletti,¹⁷²⁷ o ideal seria a separação rígida entre os Poderes, porém, frente à inefetividade de muitos direitos, o que os juízes podem fazer é controlar e exigir “[...] o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.

De fato, quando se trata de uma sociedade que não participa ativamente das decisões políticas, a tutela jurisdicional é imprescindível para garantir o respeito aos direitos fundamentais, tanto pelo Estado, quanto pela iniciativa privada (respeito horizontal e vertical dos direitos humanos). Para Ferraz Junior,¹⁷²⁸ isto altera as tarefas do Poder Judiciário, pois, ante situações que envolvam direitos ligados à dignidade humana, “[...] não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei [...], mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados [...]”.

Com efeito, a mera aplicação de métodos argumentativos expõe “[...] o fenômeno do juiz burocratizado, quase máquina, ou a sentença reduzida a modelos

¹⁷²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho.

¹⁷²⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

¹⁷²⁷ CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatori?

¹⁷²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 18, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21>. Acesso em: 30 set. 2021.

computadorizados que se repetem”.¹⁷²⁹ Neste sentido, surge, no mundo contemporâneo, “[...] o pressentimento, [...], de que sentenças são produtos submetidos à avaliação por sua utilidade econômica, isto é, pelas vantagens ou desvantagens que proporciona”,¹⁷³⁰ e tudo isto justificado em arranjos, aparentemente, eficientes, mas que, na verdade, são somente utilitários.¹⁷³¹

Para Streck,¹⁷³² a crise do modelo de produção do direito e, conseqüentemente, da prática dos julgadores, é uma representação do excesso de individualismo e formalismo na forma como os magistrados – e outros membros da administração da justiça – veem o mundo que, agora, não coadunam com a resolução de conflitos que ultrapassam a esfera do indivíduo, como produtos de uma sociedade complexa. Nesta continuidade, “o crescimento dos direitos transindividuais e a complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores do direito”, o que romperia com as distâncias que, a muito, existe entre a sociedade e o direito.

Deste modo, verifica-se que, em época atual, grande parte das Cortes jurígenas – especialmente as brasileiras –, ainda atuam de maneira, assustadoramente, formal, as quais centralizam a interpretação jurídica em argumentos lógicos-formais, os quais não admitem o influxo de valores ligados à realidade social. Isto significa que existe grande dificuldade, por parte dos julgadores, de lidarem com as perplexidades hodiernas, de romperem com os tradicionais consensos, de provocar rupturas na ordem vigente, de gerar bifurcações na vida socioeconômica ou de exigir formulações alternativas que, por vez, imponham escolhas.¹⁷³³

À vista disto, a muito se encontra superada a concepção de juiz como figura inanimada ou reprodutor da lei, em razão do reconhecimento, no presente momento jurídico, de que o magistrado agora se revela como um aplicador/interprete/criador/estimulador do direito e de sua concretização, quando da

¹⁷²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 119.

¹⁷³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 119.

¹⁷³¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 119.

¹⁷³² STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 15.

¹⁷³³ FARIA, José Eduardo. Juristas fora da curva: três perfis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 272-310, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Zs365H4VQjbmRRwnGXjFSGq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 01 out. 2021.

fundamentação daquilo que decide. Neste sentido, Perelman¹⁷³⁴ também identifica o julgador como detentor inseparável e, por vez, complementar de um poder que lhe admitirá adequar as leis aos casos particulares, visto que, “se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, [...], desempenhar sua missão, [...] a natureza das coisas obriga-lhe a conceder um poder criativo e normativo no domínio do direito”.

Assim, é que “[...] a interpretação é uma prudência, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que deve (não que pode) tomar”,¹⁷³⁵ isto em circunstâncias de imensa complexidade, em que há a necessidade de assegurar direitos constitucionalmente reconhecidos. Em crítica parecida, para Streck¹⁷³⁶ “o direito não é (e nem pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”.

Neste ponto, necessária, também, a compreensão de que, em questões que envolvam o julgamento jurídico, diante da realidade brasileira, onde, muitas vezes, nem mesmo a legalidade formal é levada a feito, os juristas, imersos em uma crise paradigmática, nem sempre estão preparados para enfrentar as características específicas das demandas oriundas do contexto social.¹⁷³⁷ Sendo assim, nos tempos atuais, “[...] as demandas jurídicas aumentaram não só em quantidade, como em complexidade, sendo necessário ao direito um novo modelo jurisdicional e, ademais, um novo modelo de juiz [...]”.¹⁷³⁸

Assim sendo, Cappelletti¹⁷³⁹ destaca, criticamente, que, diante da necessidade concreta de efetivação de direitos e da insuficiência das concepções tradicionais para a fundamentação das decisões judiciais, o papel do julgador, agora:

¹⁷³⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Logique Juridique. p. 203.

¹⁷³⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 18.

¹⁷³⁶ STRECK, Lenio. **O que é isso**: decido conforme minha consciência? 4. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25.

¹⁷³⁷ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁷³⁸ HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Nunes Cavalheiro; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Dworkin versus Cappelletti: qual o modelo de juiz adequado ao estado democrático de direito? **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 36, p. 90, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/2043>. Acesso em: 01 jun. 2019.

¹⁷³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. Tradução de: Giudici Legislatori. p. 33.

[...] é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente correto, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e 'balanceamento'; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma 'neutra'. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente.

Para tanto, a decisão judicial e o raciocínio jurídico deveriam mostrar-se transparentes, e por que não racionais, na direção da proteção, da efetivação e da liberdade, no sentido proclamado por Sen,¹⁷⁴⁰ dos cidadãos. Em Lorenzetti,¹⁷⁴¹ no ato de decidir, a fundamentação realizada pelo julgador:

[...] permite superar tanto as asserções dogmáticas como as intuições habituais, tanto na invocação de direitos como dos limites que se lhes desejam impor. [...] temos que optar pela solução mais racional, que significa aplicar os conceitos que desenvolvemos no exame de casos com normas concorrentes à luz da escassez e a metodologia analítica para a busca de níveis ótimos. [...] deve-se optar pela solução mais permissiva no sentido do favorecimento da autonomia pessoal e da liberdade.

¹⁷⁴⁰ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: *Development as freedom*. p. 16-17. Explica o autor que as pessoas são realmente livres quando possuem condições para se desenvolverem humanamente. "O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdades: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e distribuição sistemáticas, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até a maioria". No mesmo sentido, o referido autor, também, possui outros referenciais que contribuirão para o desenvolvimento da tese, tais como "A ideia de justiça" e "As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado".

¹⁷⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*. p. 223.

O autor acima¹⁷⁴² preocupa-se, ainda, em esclarecer a importância da decisão judicial para a ciência do direito, pois considera essencial que estabeleçam critérios interpretativos, no âmbito da Teoria da Decisão, que estejam aptos a limitar a mera subjetividade do julgador. Assim;

Quem somente se baseia em paradigmas dá preeminência ao contexto sobre a norma. O procedimento habitual é subsumir uma expressão legal em um contexto que lhe dá sentido, e que não é o ordenamento, senão o modelo de decisão adotado pelo intérprete de antemão. Isso é possível em um sistema aberto, onde existem vocábulos que podem ser interpretados em sentidos muito diferentes. [...]. Um primeiro problema é que, frente a um mesmo caso, os juristas têm distintos enfoques se adotam diferentes modelos. Por exemplo, quem é protecionista decidirá de modo diferente de quem é consequencialista; quem tem uma visão baseada no acesso aos bens será permeável a decisões que serão rechaçadas por quem o ignore. A questão é que o jurista se transformou em um militante de verdades parciais, que não logra compreender a globalidade.

De fato, hoje em dia, o Judiciário é, constantemente, acionado pelos socialmente excluídos, para decidir sobre conflitos que impactam o processo de apropriação e distribuição de riquezas e benefícios sociais. Porém, é desprezado – ou manipulado – pelos incluídos na economia globalizada, os quais elaboram suas próprias normas, ritos e mecanismos de resolução de conflitos, fatores que o impulsionam a redefinir seus espaços de atuação, bem como, a compor uma identidade funcional mais precisa.¹⁷⁴³ Por isto, “partes da doutrina brasileira moderna já defendem teorias alternativas e inovadoras sobre a função do poder judiciário perante os graves problemas sociais e as falhas funcionais dos outros poderes [...]”.¹⁷⁴⁴

Assim, na concepção de Atienza,¹⁷⁴⁵ não é incomum ocorrer situações em que o jurista “[...] tenha que resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão

¹⁷⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho. p. 227.

¹⁷⁴³ FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/7SxL3ZVmwbgPNsgbRRM3FmQ/?lang=pt>. Acesso em: 01 out. 2021.

¹⁷⁴⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

¹⁷⁴⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy. Tradução de Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica. p. 226.

que é a que julga correta, embora, [...], tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva”. Neste sentido, “o pragmatismo encontrou terreno fértil no Direito, [...], elevou o patamar de importância dos juristas, que passaram de práticos a eruditos, de auxiliares a protagonistas dos problemas”.

Portanto, o pragmatismo jurídico é uma teoria a respeito da atividade judicial e, “pensar o direito sob a ótica pragmatista, implica em compreendê-lo em termos comportamentais, isto é, o direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes”.¹⁷⁴⁶ Aqui os julgadores são os protagonistas da realidade jurídica, ou seja, criam e colaboram para a implementação do direito, a partir da análise, e posterior aplicação, das diferentes possibilidades de solução para uma situação em concreto, e dentre elas, optará por aquela que melhor se adequar às emergências dos indivíduos e da sociedade, no presente e no futuro.

Em Pogrebinski,¹⁷⁴⁷ os juízes não devem manter-se fechados dentro do sistema jurídico, ou melhor, na “[...] concepção pragmatista do direito implica que se adotem recursos não-jurídicos em sua aplicação, e que se recebam, constantemente, contribuições de outras disciplinas em sua elaboração”, de modo que o compromisso dos juízes seria as necessidades humanas e sociais. E, como tal, “o juiz pragmatista não se preocupa em manter uma coerência lógica do sistema jurídico se isto não servir a um resultado socialmente desejável e benéfico”.¹⁷⁴⁸ Neste ponto, destaca-se que:

O pragmatismo jurídico não se opõe às noções de consistência e previsibilidade, mas ao ampliar o conjunto de elementos a serem considerados para auferir as possíveis consequências de uma decisão, como questões econômicas, políticas e culturais, inevitavelmente reconhece uma margem de discricionariedade sem a qual não há como se decidir sobre qualquer problema. O risco é um elemento inevitável, mas é também por ele que transformações significativas podem ser realizadas no nível da comunidade.¹⁷⁴⁹

¹⁷⁴⁶ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019. Não paginado.

¹⁷⁴⁷ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019. Não paginado.

¹⁷⁴⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019. Não paginado.

¹⁷⁴⁹ ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 419, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3440>. Acesso em: 30 set. 2021.

A título de esclarecimento, neste momento cumpre ressaltar que o pragmatismo jurídico, sobre o qual discorreu-se no capítulo 3, se apresenta como uma novel – mas nem tão nova assim – maneira de repensar a atividade jurisdicional, com ênfase na realidade social e sua modificação. Ou seja, um comportamento compreensivo sobre “[...] o processo de decisão, da historicidade e pessoalidade [...], da limitação da racionalidade e teorização jurídica e dos próprios objetivos de utilidade e eficiência do Direito em relação aos casos concretos.”¹⁷⁵⁰ Em contexto pragmático, “a decisão judicial é um ato social e político, [...], por meio do qual os sentidos e significados das normas jurídicas são construídos e compartilhados coletivamente”.¹⁷⁵¹

Então, o juiz pragmático é aquele que, em suas decisões, melhor atender às demandas provenientes da sociedade, ou seja, um interventor da realidade e das necessidades sociais. Os juízes, nesta concepção, enxergam o direito para além das fronteiras tradicionais, não que estejam avessos a elas, mas suas preocupações estão, especialmente, nos efeitos concretos de suas escolhas para a economia, a política e a sociedade. Porém, estão ao mesmo tempo inseridos, de forma ampla, em critérios e parâmetros, sociais e institucionais, com os quais julgará.¹⁷⁵²

Neste sentido, na busca por uma alternativa que unisse, na mesma direção, direito e economia, surgiu, na década de 1970, embora sua origem seja, também, remetida já aos estudos de Adam Smith, na escola, hoje pragmática, denominada ‘Análise Econômica do Direito’, a qual visa a unir as distintas ciências, a fim de observá-las com princípios únicos, de forma a analisar o comportamento dos indivíduos, as consequências que determinada norma produz na sociedade, o impacto sobre a economia e a qualidade destas normas, com base na economia, tudo isto com a finalidade de alcançar a eficiência econômica ou maximização da riqueza.¹⁷⁵³

Sob este aporte, o estudo em tela vincula-se à dimensão descritiva da teoria da AED, pois, ela “[...] ocupa-se das repercussões do Direito no mundo real dos fatos”,¹⁷⁵⁴

¹⁷⁵⁰ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011. p. 126.

¹⁷⁵¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 250.

¹⁷⁵² ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3440>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁷⁵³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005.

¹⁷⁵⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

visto que o entendimento e a proposta desta tese relaciona-se com a forma pela qual os agentes econômicos – os juízes – guiam seu comportamento, diante de diferentes possibilidades e possíveis consequências – fundamentam as decisões judiciais – na direção da efetivação de direitos – aqui o direito ao desenvolvimento – e não da maximização financeira e riqueza material.

Ocorre que, a corrente denominada Análise Econômica do Direito recebe inúmeras críticas. Somente a título de exemplo, Dworkin¹⁷⁵⁵ questiona se uma sociedade se tornaria melhor que outra apenas por ter mais riqueza, fator que pode torná-la pior, quando não levam em consideração elementos como distribuição. De modo geral, o autor sustenta a tese de que existe uma vinculação, conceitual e indispensável, entre o direito e a moral, o que vai além do simples alcance da maximização da riqueza ou da pura eficiência econômica. Nesta perspectiva:

A riqueza da comunidade é maximizada incentivando-se atividades que, ao longo do curso normal das coisas e com base em informações prontamente disponíveis, aumentam a riqueza da comunidade, e não forçando-se as pessoas a examinar todas as consequências de cada ato individual em toda e qualquer circunstância.¹⁷⁵⁶

Então, o simples fato de aumentar a produção e maximizar a riqueza não garante o desenvolvimento de uma sociedade, no máximo gera o desenvolvimento restrito,¹⁷⁵⁷ Consequentemente, o objetivo não seria a dignidade da pessoa humana, mas a maximização do capital. Aqui o pragmatismo jurídico exerce, então, papel preponderante. Destarte, para um pragmatista, a melhor decisão será aquela que melhor condizer com as necessidades humanas e sociais. Ou seja, “um juiz pragmatista é um juiz preocupado em intervir na realidade social – criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas”.¹⁷⁵⁸

Logo, ao utilizar o ministério de Britto,¹⁷⁵⁹ no que tange à decisão judicial, a solução aparenta estar no meio, onde decidir implica, ao mesmo tempo, uma

¹⁷⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹⁷⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Tradução de: Law's Empire. p. 340.

¹⁷⁵⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

¹⁷⁵⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019. Não paginado.

¹⁷⁵⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 215.

descoberta e uma construção, sem a específica e rigorosa objetividade e formalidade dos dispositivos legais, mas, também, nenhuma exclusividade subjetiva do interprete ao querer do legislador. Porém, busca-se, sempre, a satisfação das distantes necessidades humanas, isto quer dizer, “a realização da justiça, da paz social, o asseguramento dos direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, tudo manifestado em um valor supremo, a segurança jurídica”.¹⁷⁶⁰

Assim, é oportuna a reflexão sobre quais os valores e critérios teórico-científicos deveriam orientar o poder judiciário – e a fundamentação das decisões judiciais –, visto que, diante das complexas relações sociais contemporâneas-globalizadas e da multiplicidade de demandas que clamam por solução jurídica efetiva, o exercício da judicatura não pode se eximir do feedback. Porém, o que se espera, num país democrático, especialmente, é que as respostas oriundas do órgão jurisdicional estejam alinhadas às necessidades humanas e sociais e comprometidas com a realização do desenvolvimento de todos os indivíduos.

Por conseguinte, ao fundamentarem suas decisões, os juízes precisam ir além do mero convencimento das partes e instâncias envolvidadas, para pensar no sistema como um todo e encará-la como um instrumento capaz de influenciar as condutas racionais dos agentes econômicos. Ou seja, para que estas, futuramente, sejam preventivas e voltadas para o desenvolvimento social. Portanto, a apresentação das razões “[...] não é apenas uma justificção para um único caso. Os juízes ingressam em um discurso mais amplo que ultrapassa os limites do caso em julgamento, não se esgotando nele”.¹⁷⁶¹

Para tanto, os princípios econômicos são, inevitavelmente, utilizados pelo direito, especialmente para tornar as decisões jurídicas mais racionais e, com isso, garantir o direito ao desenvolvimento e concretizar a dignidade da pessoa humana. Desta forma, o órgão julgador, ao racionalizar o direito e empregar os conceitos de eficiência, contribuirá para a melhora da distribuição dos recursos, na realização de direitos e na ampliação da economia, tudo isto com respeito aos direitos fundamentais. Assim, “[...] o Direito deve estudar a realidade social, a fim de interpretar a ordem

¹⁷⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. XV.

¹⁷⁶¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 308.

social-econômica vigente, inibindo condutas por meio do sistema custo-benefício e incentivando-as pelo mesmo motivo”.¹⁷⁶²

Com efeito, na decisão jurídica racional, aquele que decide apela para o atendimento de outrem, por meio de uma fundamentação, de forma a comprovar que são obedecidas determinadas “[...] regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional)”.¹⁷⁶³ Logo, sendo o direito um instrumento voltado para práticas postas no futuro, este não pode se desviar de uma ordem justa ou abandonar esta busca, posto que a justiça não deve ceder à utilidade ou com ela ser confundida. Para Ferraz Junior, “a questão, porém, está em perder-se em um emaranhado técnico no sentido hodierno ou haver a possibilidade de, dentro dele, recuperar o sentido do juízo como senso do justo”.¹⁷⁶⁴

O que deve, então, considerar-se aqui é, sem dúvida, uma quebra de resistência das clássicas teorias do direito e da decisão judicial, envolvidas por uma racionalização formal e pela justiça ideal, em favor de instrumentos sólidos, racionais e eficientes, mas, não embasados, exclusivamente, em critérios metafísicos ou puramente economicista e, sim, com o fim de garantir o direito ao desenvolvimento social. Deste modo, diante da realidade contemporânea, o exercício da judicância também precisa de adaptação, para solucionar adequadamente os conflitos jurídicos, para além da esfera individual, de forma a relacioná-lo com outras ciências, o que ajudaria a melhor entender, bem como colaboraria com a resolução das demandas sociais.

Com isto, paradigmas antigos, ou demasiadamente maximizadores de riqueza, não deveriam justificar a atual conjuntura das decisões jurídicas. Analogicamente, Habermas,¹⁷⁶⁵ ao refletir sobre a necessidade do abandono das teorias clássico-formal do direito, considera que estas não aconteceram “[...] apenas por razões de ordem filosófica, pois as próprias condições sociais, que ele deveria interpretar, levaram-no

¹⁷⁶² LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013. p. 154.

¹⁷⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 23.

¹⁷⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 123.

¹⁷⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. Tradução de: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. p. 240.

de roldão. [...] a dinâmica de uma sociedade integrada através de mercados não cabia mais nos conceitos normativos de direito [...]” e, com isto, desvinculados da realidade e da necessidade social.

Neste sentido, mesmo com a união dos postulados de ciências diferentes, qual seja, direito e economia, a Teoria das Decisões Judiciais, no momento atual, deve fundar-se em critérios racionais e coerentes de julgamentos e, não no mero subjetivismo e criatividade dos julgadores, pois, assim estará legitimada a construir o Direito, com ênfase no direito ao desenvolvimento. Deste modo, a atividade decisória, ainda que permeada por constantes análises de custos-benefícios, ou seja, riscos, externalidades, escassez de recursos, não se voltou para a maximização da riqueza econômica, mas para a efetivação de condições favorável à dignidade humana.

Então, talvez seja o aprofundamento de estudos – teóricos e práticos – a partir desta linha de pensamento sobre a Análise Jurídica da Economia, como fundamento para as decisões judiciais – que permitirá, num futuro próximo, consolidar, à luz do pragmatismo jurídico, um outro paradigma para a Teoria da Decisão Judicial, capaz de acrescentar, verdadeiramente, uma percepção universal de justiça, partilhada por todos os seres humanos, sem, contudo, socorrer-se ao inatingível direito natural ou a bases efficientistas, que impliquem, com maior rigor, na efetivação do direito ao desenvolvimento humano.

Ademais, os magistrados esquecem-se de pensar em todo o sistema do qual fazem parte, os quais decidem as causas levando em consideração apenas os aspectos das partes envolvidas, de forma que deixam de lado os elementos de prevenção que o direito possui. O fato de analisar somente o custo-benefício das partes envolvidas nos processos ocasiona decisões que, além de determinar o sentimento de descontentamento, de injustiça do Poder Judiciário, na sociedade, incentivam os infratores.

De fato, deve-se encarar a tutela jurisdicional como mecanismo de efetivação do direito ao desenvolvimento e, para tanto, os sujeitos necessitam enxergar a litigância como meio de incentivo ou desincentivo de condutas racionais. Com este objetivo, as decisões judiciais, de acordo com as observações apontadas ao longo desta tese, precisam ter o encargo, também, de atuar nas escolhas dos comportamentos a serem considerados pelos agentes econômicos – Estados e setor

privado – e, com isto, inibir atitudes, por meio da demonstração de um conjunto de custo-benefício, para, com esta postura, incentivá-los pelos mesmos motivos.

Em razão disto, nota-se que o Poder Judiciário, em suas decisões jurídicas, ao considerar pressupostos de índole econômica – por meio do emprego da Análise Jurídica da Economia –, poderá colaborar, significativamente, com o compartilhamento de riquezas, com o crescimento de todo o sistema econômico, com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, com a efetivação do direito ao desenvolvimento.

6 CONCLUSÃO

Por meio da presente tese, acredita-se ter construído um raciocínio amparado em argumentos sólidos o suficiente para elaborar a solução da problemática sobre como promover, ao alinhar o pensar jurídico ao econômico, uma inversão na aplicação dos pressupostos da Análise Econômica do Direito, para uma Análise Jurídica da Economia, como justificativa da decisão judicial e com o propósito de contribuir para o direito ao desenvolvimento.

Isto porque, inferências que, até esta ocasião, permaneciam adstritas à matriz econômica, penetraram a realidade jurídica e agora conduz o pensamento e comportamento dos julgadores no processo de tomada de decisão judicial. Com efeito, interferiu, também, no consubstanciamento de muitos direitos, especialmente o direito ao desenvolvimento, entendido – nesta tese – como a realização das necessidades humanas básicas, conceito que está além do sentido, unicamente, econômico, pois volta-se para a garantia da qualidade de vida das pessoas.

Em face do problema que se apresentou, o objetivo geral deste estudo relaciona-se, portanto, com a análise e discussão do paradigma das decisões judiciais, especialmente sob o olhar da Análise Econômica do Direito e, neste contexto, inserir a utilização da Análise Jurídica da Economia, com vistas a alcançar o direito ao desenvolvimento. Assim, ao considerar o direito na contemporaneidade como uma ciência transdisciplinar, buscou-se auxílio de outra área da ciência – a economia – para analisar o comportamento dos agentes econômicos em sociedade.

Então, com o propósito de vislumbrar os objetivos específicos descritos na introdução, a jornada investigativa percorrida por esta pesquisa construiu-se em quatro momentos de análise, os quais estão organizados nos quatro capítulos do trabalho.

No primeiro momento (capítulo 2), em sentido mais descritivo e reflexivo, dedicou-se à Teoria das Decisões Judiciais e ao pragmatismo jurídico, sob vários aspectos da Teoria do Direito para, com isto, compreender a importância e necessidade de uma mudança no paradigma das decisões jurídicas, para além da hermenêutica, dada à relevância do assunto para Ciência do Direito na atualidade. Ante o reconhecimento de muitos direitos alicerçados no princípio da dignidade humana, agora cabe ao julgador analisar, entre as possíveis decisões, qual é a mais

eficiente, não apenas para as partes envolvidas no processo, ou para economia, mas, também, para o desenvolvimento da sociedade.

Entretanto, convém lembrar que a ambição desta investigação não esteve ligada ao estudo minucioso e aprofundado de todas as teorias doutrinárias fundamentadoras do processo de tomada de decisão judicial e do poder dos juízes. Focou-se em discorrer, compreender e, sobretudo, analisar as principais propostas pós-positivistas, visto que, com esta atitude, conseguiu-se, ao final, sugerir um novo paradigma para a Teoria da Decisão Judicial, ou seja, um modelo em que os direitos das pessoas se justaponham ao poder e influência da economia, questionamento que guiou toda a pesquisa.

Para tanto, percorreu-se, por meio de uma construção teórica, grandes modelos paradigmáticos, referentes à Teoria da Decisão Judicial. Assim, mediante as contribuições contemporâneas de Ronald Myles Dworkin, Lenio Luiz Streck e Richard Allen Posner, pode-se explorar, entender e criticar, no sentido daquele que pretende ultrapassar o paradigma hodierno da Ciência Jurídica, a atividade jurisdicional e o fazer criativo dos juízes, para o desenvolvimento de uma nova matriz disciplinar.

Dito isto, em uma síntese das considerações da primeira seção do texto, tem-se, inicialmente, que a decisão judicial, ainda que possua conceitos formais e arquitetados sob a ótica do Direito Positivo, é um ato linguístico que caracteriza os objetos. Assim, se o direito se evidencia, basicamente, por meio das palavras – em suas diversas manifestações. Resta claro, então, que a decisão jurígena pode ser compreendida por via de componentes encontrados na esfera da linguagem.

Deste modo, o trabalho ocupou-se de entender a decisão judicial, também, sob o ponto de vista da linguagem. Isto é, estudou-se o fenômeno, preliminarmente, pelos contornos da filosofia da linguagem e suas implicações para o direito. Visto que, em época atual, a filosofia transfigurou o entendimento do seu próprio objeto de pesquisa, o qual, agora, cuida, basicamente, do processo de significação das expressões linguísticas e da análise da linguagem, de forma que deixou para atrás a centralidade da essência, da consciência, da experiência ou da razão sobre as coisas ou entes, e se aproximou, mesmo que aos poucos, do direito, devido à necessidade de se dar respostas adequadas aos problemas práticos.

Então, com o intuito de compreender semanticamente a decisão judicial, verificou-se, em um aporte evolutivo e construtivo, algumas importantes referências

na filosofia da linguagem. Em vista disto, o que se observou foi que os debates na esfera semântica da linguagem já existiam nos estudos filosóficos gregos, porém só ganharam relevância no século XX, após percorrer um longo caminho da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ou seja, quando a filosofia substituiu a relação sujeito-objeto pela análise do sentido das palavras.

A partir de então, constatou-se que a relevância da linguagem em âmbito filosófico só cresceu e, por sua vez, culminou em um acentuado giro linguístico, que substituiu a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Posto isto, a guinada linguística proporcionou significativas alterações na forma como reconhecem o mundo, pois, nesta ocasião, o que se caracteriza pela metafísica clássica como intrínseco ao mundo e compreendido por uma racionalidade filosófica, agora é delineado pela linguagem.

Com base nisto, verificou-se que, em complementação ao giro linguístico, aconteceu outra transformação paradigmática na filosofia no século XX, a qual voltou-se para as práticas e as ações humanas, ou seja, para uma pragmática na linguagem. Nesta etapa, revelou-se que a perspectiva pragmática da filosofia é uma proposta de observação dos problemas linguísticos pelo olhar da compreensão sobre como utilizam a linguagem, isto é, a partir da análise desta como faculdade comunicativa e como instituidora do significado da experiência humana.

À vista disto, detectou-se que a linguagem, por meio da virada linguística-pragmática, se popularizou como assunto de exame de diversas correntes filosóficas contemporâneas. Sendo assim, notou-se, também, que, por mais que possuam aspectos próprios, cada um desses movimentos hodiernos, a seu modo, converteu o projeto filosófico da modernidade, em uma filosofia para além da certeza e da verdade, dando à linguagem uma finalidade superior que a habitual nomeação de objetos ou designação de uma coisa da realidade.

Diante do exposto, notou-se, ainda, que o percurso trilhado pelas mudanças no paradigma da filosofia contemporânea aconteceu paulatinamente, sem uma origem definida, ostentou várias configurações, paralelamente e na mesma intensidade, bem como, se manifestou em todas as ciências. Assim, revelou-se que estas alterações ocasionadas na filosofia também impactaram o direito, este que, desde então, não conseguiu mais ser compreendido desconectado da linguagem e, por vez, ligado a modos de interpretação reducionistas.

Daí o porque foi preciso a dogmática tradicional do Direito, por meio do giro linguístico, aperfeiçoar o modelo metafísico, enquanto paradigma vigente, para a linguagem, haja vista a necessidade de compreender o direito, em busca de uma resposta adequada ao caso concreto. Nesta análise, destacou-se que, por meio desta nova dimensão de sentido, no direito, aquele que interpreta não pode permanecer estagnado em modelos sintático-semântico meramente descritivos, mas sim deve ir além, ao considerar fatores e circunstâncias que, até então, eram considerados estranhos ao jurídico.

Por conta disto, identificou-se que os argumentos da filosofia da linguagem transportaram-se, também, para o campo da hermenêutica, o que convencionaram chamar de virada hermenêutica, a qual iniciou-se com Friedrich Schleiermacher e Wilhelm Dilthey e se estabilizou, acima de tudo, com os estudos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Assim, a hermenêutica, que até então era compreendida como técnica ou método de interpretação aplicada a certas esferas do conhecimento, penetrou definitivamente os mais diversos campos dos saberes humanos, desenvolveu-se e firmou-se, permanentemente, como ciência e teoria.

Portanto, a partir desta evolução, constatou-se que a hermenêutica não é apenas uma interpretação, mas, produz sentido, dado que os indivíduos que analisam também estão inseridos no mundo, agora, estabelecido pela linguagem, e que somente se compreende se examinar reflexivamente. Logo, é exatamente na reflexão dos processos interpretativos-compreensivos que o pensamento hermenêutico, para muitos juristas, se tornou apto a esclarecer os inúmeros questionamentos oriundos do ambiente jurídico, principalmente aqueles justificados nas decisões judiciais.

À vista disto, a hermenêutica ganhou espaço no cenário jurídico, ao infringir o tradicional padrão epistemológico da filosofia da consciência e decodificar, sistematicamente, o processo de pensamento dogmático de sentido e alcance das expressões jurígenas. Desta forma, têm-se que a hermenêutica jurídica praticada na atualidade centra-se nas críticas sobre o processo interpretativo clássico, ou seja, a superação de uma hermenêutica jurídica como uma técnica interpretativa, pois agora os julgadores também precisam pré-compreender o mundo, para integrar a lei aos fatos, em suas decisões jurídicas.

A partir deste contexto, considerou-se que o problema hermenêutico-jurídico está, igualmente, ligado às aspirações filosóficas que, historicamente, dividiram e

delimitaram o poder político estatal. Por isto, o desenvolvimento da hermenêutica jurídica constituiu-se, ao longo do tempo, em um notável complexo de tentativas de limitação do poder dos magistrados e da liberdade na aplicação do Direito. Isto é, assentiu-se que as decisões judiciais busquem sempre por justiça, ainda que este ideal não esteja expressamente estabelecido na legislação.

Pode-se afirmar, também, que as inúmeras alterações políticas, culturais e intelectuais pelas quais a sociedade atravessou nos últimos séculos atingiram, por consequência, o direito e o direcionou para um curso de racionalidade e, por vez, transformaram as discussões jurídico-interpretativas em um complexo de incertezas. Já a hermenêutica, mantinha-se distante – entre a elaboração e a aplicação do direito – e neste momento reclamou por uma roupagem mais realista, na busca por aplicar a norma genérica à singularidade do caso concreto.

Isto porque, a função da lei mudou, pois, as pessoas passaram a dispor de direitos básicos, magnamente codificados, e as legislações de cunho privado, atualmente, tiveram que superar a mera regulação de casos específicos, a fim de orientar, sustentar, alicerçar e inspirar a interpretação do ordenamento jurídico. Por conseguinte, estes acontecimentos sensibilizaram, ademais, o discurso hermenêutico, o qual, diante deste contexto, se incumbiu de amoldar o direito, positivo e formal, à realidade, e garantir, efetivamente, segurança jurídica e paz social.

Por tudo isto, instaurou-se, no limiar da pós-modernidade, uma crise no paradigma vigente na ciência jurídica – o juspositivista –, visto que o direito passou a reclamar por pluralidade, dinâmismo, peculiaridade, discursividade e abertura para os valores socialmente aceitos, características que abriram espaço ao fenômeno do pós-positivismo, como uma maneira de superar o modelo anterior. Isto quer dizer que, no projeto pós-positivista, diferentes parâmetros decisórios e outros limites semânticos são concedidos aos textos normativos utilizados para justificar o processo de tomada de decisões jurídica.

Porém, isto só foi possível após as barbáries consumadas pelos regimes totalitários, na primeira metade do século XX, quando ficou, bastante, claro que o direito, visto numa perspectiva unicamente formal e positiva, não mais se ajustava a uma sociedade ansiosa por direitos humanos e concretos. Então, ante às novas exigências sociais, bem como diante de um direito ávido por transformações, pugnou-

se, sobretudo, por mudanças também no paradigma político, dado que o Estado tornou-se cada vez mais solicitado.

Desta forma, renovaram-se as ligações entre Estado, sociedade e a política, primeiro – ao transcender o Estado Liberal – o Estado Social de Direito e, sucessivamente, o Estado Democrático de Direito, que surgiu com o propósito de modificar a atividade estatal e a ordem jurídica, ao agregar a democracia ao direito e especificar o lugar da Constituição em todas as instituições jurídicas, pois a promoveu ao *status* de protagonista normativa, garantista e interpretativa dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Sendo assim, percebeu-se que o modelo pós-positivismo pressupõe um vasto conjunto de valores humanos e de justiça, reconhecidos normativamente por meio de princípios e direitos fundamentais, o que sobrepuja, logicamente, os preceitos jusnaturalistas, bem como, o positivismo jurídico. Entretanto, muito ainda se debate sobre a posição do pós-positivismo como um novo paradigma jusfilosófico, dado que muitos estudiosos ainda hesitam sobre o seu reconhecimento como verdadeira construção paradigmática e evolutiva na prática do direito.

Apesar disto, reconhece-se que, contemporaneamente, as correntes pós-positivistas estão profundamente ligadas ao critério de correção do direito socialmente consagrado e legitimado pela atividade jurisdicional, por meio das decisões jurídicas. Assim é porque permite ao intérprete pensar o direito com base em valores devidamente positivados na ordem jurídica – tais como equidade, isonomia, dignidade da pessoa humana etc. –, isto sem a utilização de recursos abstratos do jusnaturalismo, ou de preceitos exclusivamente formais do juspositivismo.

Com base nisto, verificou-se que inúmeros são os jusfilósofos que se autodenominam como pós-positivistas. Então, dentre as mais conhecidas propostas de superação do padrão positivo de direito, abordou-se as teorias desenvolvidas por Ronald Myles Dworkin, Lenio Luiz Streck e Richard Allen Posner. Cumpre reconhecer, que as manifestações sobre os referidos autores acenturam-se nas críticas, sob diferentes perspectivas, ao positivismo jurídico, de modo a evidenciar, por fim, sua improcedência e, de outro lado, demonstrar as diferentes possibilidades de criação de outro modelo teórico-disciplinar.

Sem embargos, Ronald Dworkin, considerado, na atualidade, um dos mais importantes críticos do positivismo jurídico, asseverou, em seus trabalhos no âmbito

da filosofia e da teoria do Direito, sobre as dificuldades enfrentados pela matriz juspositivista, principalmente ao reconhecer a importância dos princípios e das políticas, entre outros padrões de compreensão, ainda que não estejam expressamente claros no ordenamento jurídico. Isto acaba por iluminar, por vez, o problema da indeterminação da Ciência Jurídica e da discricionariedade dos juízes.

Outrossim, para o autor, o direito não pode ser tido apenas como um mero agrupamento de referências, usadas no momento de um julgamento, mas abrange todos os elementos, realmente, utilizados pelos julgadores para justificar o processo de tomada de decisões. Nesta configuração, o direito, para Dworkin, seria um empreendimento interpretativo e criativo, que, paulatinamente, se estrutura por meio das práticas hermenêuticas da comunidade jurídica.

Sob este ponto de vista, para o jusfilósofo, o ordenamento jurídico configura-se pela significativa junção das premissas que, ao longo do tempo, foram construídas, com a ajuda da comunidade institucional e pelo trabalho dos julgadores, os quais, como romancistas em cadeia, delineam, gradativamente, o *script* de formação do direito, ao acrescentar pontos de vistas, experiências e conhecimentos a uma estrutura integral, que, por sua vez, almeja a edificação de um futuro melhor, por intermédio da interpretação construtivista.

Nesta perspectiva, Dworkin, ao elaborar sua teoria, procurou, por meio da junção de elementos distintos, entender o sentido do direito, por intermédio de uma integridade jurídica que garanta a coexistência de componentes diversos, na busca, incessante, por justiça e equidade. Para tanto, o autor reconheceu a urgência de uma interpretação construtivista e livre de convenções e conflitos, a qual conduzirá o julgador a uma decisão correta, visto que o ato interpretativo se alicerçou em parâmetros estabelecidos pelo próprio sistema jurídico, e não na mera opção discricionária do interprete.

Streck, a seu turno, elaborou – em ambiente pós-positivista – a sua Crítica Hermenêutica do Direito, como um empreendimento desafiador do positivismo jurídico, e de indeterminação do direito, na busca pela resposta constitucionalmente adequada, tudo isto mediante a união das teorias de Heidegger, Gadamer e Dworkin. Já de início, vislumbra o autor que o fato do modelo juspositivista alinhar-se com a filosofia da consciência gera a necessidade da superação, a nível filosófico, da relação sujeito-objeto, por uma hermenêutica forjada na ótica sujeito-sujeito.

Além do mais, teceu o filósofo brasileiro inúmeras críticas às práticas jurídicas de cariz positivista, ao sustentar que toda interpretação, também, é uma aplicação e, portanto, estabelece novos contornos ao texto em análise. Sendo assim, a norma jurídica manifesta-se, somente, na faticidade histórica que lhe atribui sentido. Daí o porque, segundo o autor, de compreender que um texto jurídico equivale, igualmente, a uma aproximação da história, da estrutura, da natureza e das motivações do interprete, dado que um texto é um acontecimento que só tem significado em sua norma, e este movimento depende, também, de sua contextualização no tempo.

Sob outra perspectiva, Streck teceu consideráveis críticas à discricionariedade judicial, na solução dos casos tidos como difíceis, visto que considerou um retrocesso permitir que os julgadores sejam considerados protagonistas do futuro, em detrimento das preferências democraticamente estabelecidas pela legislação vigente. Por fim, convém esclarecer que Streck, ao construir uma teoria da Decisão Judicial, assentou suas bases teóricas no paradigma da resposta correta e adequada à Constituição. Por meio disto, estabeleceu sua perspectiva teórica, ao menos em tese, livre de subjetividades/discricionariedades dos julgadores e focada no exercício da atividade jurisdicional.

Noutro ponto, com base no exposto até aqui, restou evidente a emergência de, no contexto de pós-positivismo, se determinar critérios racionais e legítimos que justifiquem a atividade dos julgadores, ou seja, um fundamento válido e seguro de justiça. A partir disto, ficou evidente que métodos hermenêuticos, incluindo os contemporâneos, não conseguem estabelecer com exatidão este critério, visto que, existem lacunas oportunas a acolher a discricionariedade, divergência sobre os métodos a serem aplicados ou até discordâncias sobre a utilização dos modelos hermenêuticos.

Tendo isto em vista o exposto, atentou-se para a ideia de que métodos hermenêuticos interpretativos podem propiciar a ilusão de que se pode extrair a verdadeira vontade da lei, por meio da atividade declaratória exercida pelo juízo. E, por isto, em que pese haver muitos esforços, até agora não se obteve êxito em determinar, categoricamente, a questão sobre a aplicação de uma ou da outra norma, pois os métodos de interpretação atuais conduzem, no máximo, a um resultado possível, e não a uma solução que seja única e correta.

Neste sentido, constatou-se que as discussões que envolvem a problemática da decisão judicial adequada também se apresentam como um problema político, dado que os direitos fundamentais das pessoas, hoje consagrados constitucionalmente, são anteriores e independentes de qualquer concessão jurídica. Assim, ao judiciário cabe, unicamente, a construção argumentativa da decisão judicial. Conquanto, a incessante busca por critérios racionais para a resolução, segura e verdadeira, do problema da decisão judicial não está alheia ao direito, ainda mais em tempos pós-positivista, em virtude de o político e jurídico, constantemente, se cruzarem em deliberações que se tornam autênticas políticas públicas.

Diante de tudo que já foi dito, porém, assumiu-se que a magistratura, nos dias de hoje, exerce certa função criativa, uma vez que diversas questões que escapam ao olhar do legislador, clamam por respostas pacificadoras do judiciário. Por tal motivo, caberia, então, ao poder judiciário, em suas decisões, o reexame destes conflitos, por intermédio de um instrumental teórico e técnico, sob novas perspectivas, bem como, despojado de preconceitos e dogmas. Isto significa que o direito precisa ser compreendido crítica e racionalmente pelo julgador.

À vista disto, é fato que as abordagens pós-positivistas dilataram o ambiente criativo da atividade judicial, bem como as possibilidades de soluções para as obscuridades dos fenômenos jurídicos. Assim, não há mais espaço para atividades jurisdicionais meramente mecânicas ou automáticas, pois, a judicância, hodiernamente, lida com uma sociedade complexa, em que os fatos jurídicos vão muito além da capacidade do legislativo de regulamentá-los, e as teorias pós-positivistas e os superiores valores humanos se apresentam como mola propulsora para o alcance de valores como justiça.

Por isto, destacou-se, nesta tese, a jurisdição – e as decisões judiciais – principalmente pelo fato de o Brasil ser um país de recente redemocratização, onde o processo majoritário não atende, adequadamente, aos anseios sociais, de modo que muitos pleitos que envolvem direitos fundamentais são jurisdicionalizados. Nesta perspectiva, anunciou-se a necessidade de se considerar um dinamismo do ente judiciário, para contornar, ainda que transitoriamente, situações que emperram o progresso do sistema democrático e a concessão de direitos às pessoas menos favorecidas.

Portanto, identificou-se que o grande desafio jurídico na contemporaneidade é o reconhecimento dos critérios para determinar qual a decisão a ser considerada relativamente melhor e, portanto, justa. Então, a reflexão seguiu no sentido de qual - ou quais - método interpretativo seria mais apropriado para - num mundo pós-positivista, em que a sociedade é complexa - referendar, a partir da ideia dos direitos fundamentais, as decisões jurídicas.

Nesta senda, percebeu-se que inúmeras foram as teorias e métodos que buscaram, ao longo do tempo, justificar os posicionamentos jurisdicionais, mas que, nenhum deles se mostraram, definitivamente, capazes de oferecer soluções adequadas para as situações em concreto, em especial nos casos que envolvam conflitos constitucionais difíceis. Diante deste cenário, as reflexões volveram-se para o Pragmatismo Jurídico, ou seja, para uma abordagem orientada para as consequências sociais desejadas e, no caso brasileiro, muitas vezes necessárias à efetividade do direito.

Não obstante, partiu-se para a compreensão do projeto interdisciplinar de Richard Allen Posner, professor e jurista, que elaborou uma teoria, atualmente pragmática, denominada de Direito e Economia (ou de Análise Econômica do Direito), de tendência cotidiana e voltada para as práticas jurídicas dos tribunais norte-americanos. Em sua abordagem, notoriamente antiformalista, o autor destaca a decisão judicial, ao evidenciar que os juízes, enquanto agentes políticos, estão incumbidos da concessão de direitos, por meio de uma reconstrução criativa e maximizadora de riquezas.

Para o autor, juízes pragmatistas são empíricos, realistas e sintonizados com as necessidades das pessoas sem, contudo, rejeitar toda a teoria jurídica existente, mas, disposto a entender o cotidiano do sistema jurídico, de modo a se distanciar de verdades abstratas e conceitos subjetivos, ao apresentar soluções justas, objetivas e práticas. Por conseguinte, o pragmatismo jurídico posneriano é uma corrente pós-positivista autônoma, que objetiva auxiliar os juízes - e outros agentes econômicos - no processo de tomada de suas decisões e promover, sempre, o ideal basilar da maximização da riqueza da sociedade.

Noutro ponto importante, notou-se que Posner critica as teorias de cunho hermenêutico, ao argumentar que elas não oferecem soluções aptas a restringir a discricionariedade dos aplicadores do direito. Por isto, defende que a interpretação e

a aplicação do direito precisam se apoiar em outros ramos do saber e, sublinha, dentre eles a economia, visto que as outras esferas do conhecimento, para o autor, muito têm a contribuir para a compreensão, o aperfeiçoamento e a criação de um direito voltado, principalmente, para a coletividade e, que vislumbre, notoriamente, mais eficiência, racionalização de custos e benefícios, além de maximizar a riqueza, de maneira a produzir progresso para a sociedade.

Diante do exposto, em síntese conclusiva da primeira etapa do trabalho, contemplou-se que foram muitas as mudanças no paradigma das decisões judiciais ao longo dos séculos, umas pertinentes e necessárias, outras até arbitrarias e, algumas para além da hermenêutica. Todavia, a prática jurídica atual ainda vaga em busca da solução última sobre quais os limites para a atuação dos juizes, diante da insuficiência, não obrigatoriedade ou, até mesmo, da ausência de método ou teoria específica da Decisão Judicial. Neste contexto, o pragmatismo jurídico, nesta tese, exerceu preponderante papel.

A partir destas considerações, a segunda parte da pesquisa (capítulo 3), inaugurou os estudos sobre a pragmática corrente da Análise Econômica do Direito, no intuito de compreender seus fundamentos e efeitos no comportamento dos julgadores, bem como, nas decisões judiciais. Todo este esforço teórico intenciou averiguar a manutenção de seu principal critério orientador – o da maximização dos lucros – ou se, para garantir a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento das pessoas – o melhor seria uma alteração no paradigma da Teoria das Decisões Judiciais, por meio de uma verdadeira Análise Jurídica da Economia.

Então, na tentativa de encontrar o melhor fundamento operacional para um conceito de justiça e para o processo de tomada de decisão racional, verificou-se que, não ocasionalmente, a comunidade jurídica contemporânea se ampara em teorias filosóficas do direito, que procuram conceber critérios normativos ideais para se aproximar, por exemplo, de premissas mais racionais e justas. Logo, foi nesta conjectura que se avaliou a perspectiva da Análise Econômica do Direito e suas percepção sobre os fenômenos sociais.

Para alcançar este escopo, inicialmente, buscou-se entender como e porque os pressupostos, que eram, até então, restritos à racionalidade econômica, agora, passaram a permear o direito e, conseqüentemente, inspirar o pensamento e a postura dos julgadores no processo de tomada de decisão, de forma que resulta, nesta

continuação, em possíveis interferências na concretização dos direitos atribuídos à pessoa humana. Desta maneira, restou notório que o direito e a economia, ainda que sejam ciências distintas, no mundo globalizado contemporâneo, se entrelaçam constantemente e possuem papel preponderante na organização da sociedade, visto que a globalização econômica, o capitalismo e a pós-modernidade são, nos dias de hoje, as típicas manifestações da realidade sócio-política, que repercutem em toda a vida social.

Diante deste panorama, é passível de compreensão que o direito hodierno volte seus olhares para a economia, mas não na intenção de ampliar seus horizontes de possibilidades, depois de séculos isolado nas posturas formalistas e na neutralidade do positivismo jurídico, e sim com a finalidade de estabelecer conceitos ligados à racionalidade, objetividade e certeza para o direito. Logo, se um julgador buscou uma base racional para a solução dos problemas jurídicos, a economia apresentou-se como um mecanismo apto para este propósito.

Nesta ótica, detectou-se que a EAD, a qual tem em Posner seu principal expoente, é um movimento que busca a perceber o mundo de forma mais realista e pragmática, por meio de um distinto paradigma científico. Para tanto, esta abordagem de cunho juscomômico oferece uma nova prescrição sobre o direito e o processo decisório, ao relacioná-los, interdisciplinarmente, a postulados ligados à racionalidade econômica e com o objetivo de obter o maior bem-estar possível, por intermédio de uma melhor alocação de recursos.

Neste interím, a AED, em termos conceituais, mostra-se como a aplicação das teorias, concepções e métodos da economia, na elaboração, compreensão e organização das normas e instituições político-jurídicas. Assim, o modelo em análise propõe que o sistema de direito e as técnicas para resolução de problemas jurídicos devam, portanto, ser empregados em colaboração com os conhecimentos de outras áreas do saber, sobretudo a economia, a fim de, assim, obter respostas mais completas, eficientes e vinculadas à realidade social.

Sinteticamente, estudou-se, também, a trajetória de surgimento, aceitação e ampliação deste movimento, que impactou, primeiramente, a literatura jurídica norte-americana e, posteriormente, se expandiu para outras esferas do globo. Isto posto, notou-se que o movimento da Análise Econômica do Direito, nas últimas décadas, somente se consolidou, ganhou força e ampliou as suas premissas fundamentais,

desdobrando-se, inclusive, em duas dimensões investigativas, qual seja, uma com visão descritiva (explicativa) dos fenômenos e, outra prescritiva (normativa), que avalia e propõe mudanças para o aperfeiçoamento das normas.

Neste ponto, oportuno evidenciar que a AED procura interpretar, teórica e empiricamente, o comportamento dos agentes econômicos em sociedade, e, para tal, se embasa na ideia de que, no processo de escolhas, os indivíduos consideram, também, os custos e benefícios desta ação. A rigor, é facilmente identificável que os indivíduos se inclinam, na tomada de quaisquer decisões, a considerar, racional e eficientemente, os seus próprios interesses, na tentativa de ter uma vida melhor e mais satisfatória.

Diante desta enunciação, discutiu-se, pormenorizadamente, os principais fundamentos da AED, ou seja, o individualismo metodológico, a conduta racional maximizadora, o mercado, a eficiência e a teoria dos jogos. Isto porque, na ótica da juseconômica, as ações humanas individuais são, racionalmente, potencializadoras de bem-estar, sem excederem, por óbvio, os seus custos, especialmente, em ambiente de índole mercadológica.

Ao prosseguir no desenvolvimento do tema, registrou-se que a determinação da alternativa mais vantajosa, dentre todas as disponíveis para os sujeitos, não é, de pronto, uma decisão simples. Então, segundo os critérios econômicos, deve-se abandonar a subjetividade, dar lugar, logicamente, a uma medida mais abrangente de benefícios que as escolhas individuais podem proporcionar, eis o pressuposto da eficiência econômica. Por fim, convencionou-se lançar mão, também, da teoria dos jogos, que não é formalmente uma premissa da AED, mas que muito pode contribuir para as análises do comportamento humano em sociedade, visto que incentiva o uso de condutas, economicamente, estratégicas para a obtenção de resultados mais eficientes.

Expôs-se, ainda, após a explanação sobre os pressupostos da AED, algumas de suas fragilidades, dado que não é incomum, durante a trajetória edificadora, fazer-se críticas aos fundamentos teóricos e metodológicos de uma abordagem científica. Isto porque, conjuntamente com seu amadurecimento, instituições tradicionais e sólidas, como o poder judiciário, começaram a valer-se do ponto de vista econômico, o que gerou detabes, teorias divergentes e desaprovações sobre o movimento da ideologia econômica aplicada ao direito.

Desta forma, inaugurou-se as análises críticas de distintos elementos oferecidos à vertente pragmática, sendo que as principais desaprovações correspondem à metodologia, conceituação, abrangência e historicidade dela. Ademais, destacou-se que um dos principais entusiastas da crítica da AED foi Dworkin, teórico do direito e grande questionador das ideias posnerianas, em especial, da inserção da riqueza e da eficiência, como valores éticos fundamentais do direito.

Oportuno lembrar, também, que, por ter sido alvo de inúmeras críticas, Posner revisitou, teoricamente, sua obra inaugural sobre a AED e incorporou a ela algumas das sugestões feitas pelos estudiosos do direito e economia. Tanto que, o jurista abandonou, ainda que não por completo, a maximização de riqueza como fundamento único da AED, em proveito de uma análise mais pragmática, de modo a torná-la, dentre outros pressupostos do pragmatismo, apenas mais um método passível de compreensão do direito.

Com efeito, conhecer detalhadamente algumas das insuficiências da Análise Econômica do Direito possibilitou, em caráter exemplificativo, a exploração de algumas contribuições da juseconomia para a pesquisa jurídica. Então, diante da relação umbilical detectada entre o direito e a economia e dos contantes desafios enfrentados pela sociedade complexa, principalmente num mundo de recursos escassos, foi fundamental esta olhadela no repertório prático, pois, ajudou a clarificar o uso deste aporte, e teoria de base deste trabalho, em situações jurídicas reais.

Nessa toada, foi plausível reconhecer que, para a construção de uma perspectiva que envolva o direito e a economia, reivindicou-se, primeiro, uma reformulação da maneira como vislumbram o direito na pesquisa empírica econômica, e, segundo, a necessidade da inserção da efetiva ideia de exploração da prática no cotidiano jurídico. Para tanto, examinou-se alguns dados que permitiram testar a influência da economia no processo decisório de alguns agentes jurídicos, em outras esferas da vida e, por conseguinte, perceber os seus efeitos no ambiente jurídico.

Sendo assim, entendeu-se que, mesmo diante dos crescentes estudos e do interesse acadêmico pela metodologia da AED, os aplicadores finais do direito ainda operam com certa resistência a sua utilização na resolução de conflitos concretos, visto que, segundo pesquisas recentes, ainda são poucas, mas em expansão, as decisões que mencionam, expressamente, a Análise Econômica do Direito nos tribunais nacionais. Com efeito, ainda que haja considerável progresso no uso da

metodologia, nem sempre as deliberações aplicam, direta e positivamente, a abordagem na fundamentação das decisões, Ou seja, algumas apenas citam o método, outras fazem somente referência aos seus argumentos, quando apresentados pelas partes, ou mesmo mencionam os requisitos, mas a afasta da decisão final.

Neste interím, a investigação evidenciou também que, apesar dos números restritos de casos, empregam a AED, gradativamente, em uma generalidade de temáticas jurídicas, a qual é mais recorrente na área do Direito dos Contratos, do Direito Penal e da Responsabilidade Civil, mas a grande maioria das situações estão relacionadas, essencialmente, à disciplina de Direito Processual Civil. Apreciou-se, ademais, que, além dos tribunais pátrios ampliarem e solidificarem a utilização da metodologia econômica, os preceitos econômicos-eficientes estão, via legislação, inclusos na normatividade jurídica brasileira, como por exemplo, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos artigos 5º e 20.

Com base nisto, notou-se que existem provas significativas de algumas contribuições da economia para o direito. Porém, ainda restam dúvidas, neste ponto da pesquisa, se a efetividade dos direitos fundamentais restaria assegurada e se os conceitos econômicos são contemplados, amplamente, pelo direito, sendo a recíproca, igualmente, verdadeira. Porquanto, mesmo que as principais discussões desta tese foram desencadeadas no âmbito da pragmática jurídica e da teoria da decisão judicial, o que se pretendeu, desde o início, foi alcançar, objetivamente, um fundamento decisório que garanta o direito ao desenvolvimento.

Tendo isto exposto, na quarta parte do trabalho (capítulo 4) preconizou-se pelo contributo do direito ao desenvolvimento, haja vista que, devido às influências da globalização, cresce, em estigmas, os povos do mundo, o qual, agora, carece, em muitas situações, do carisma do poder jurídico, a fim de possuir o direito a ter direitos, a principal finalidade do direito ao desenvolvimento. Diante disto, notadamente, pensou-se nos pressupostos da Análise Econômica do Direito, particularmente em sua abordagem descritiva, para compreender o comportamento dos agentes econômicos e os efeitos das decisões judiciais, sem, contudo, visar à maximização de riqueza, e sim a garantia da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, as investigações, nesta parte do texto, partiram de um recorte histórico-normativo, para compreender a concepção contemporânea do direito

desenvolvimento, as quais se intensificaram, sobremaneira, com o fim da Segunda Grande Guerra e se tornaram uma busca incessante dos membros da sociedade. Logo, foi a partir da apreciação da recente jornada evolutiva da humanidade que se buscou observar a dinâmica de materialização de muitos direitos e a forma como eles se manifestaram e se tornaram fundamentais para os integrantes de determinada comunidade.

Com base nesta exposição, há de se reconhecer que extenso foi o caminho percorrido para que houvesse, de fato, uma mudança de paradigma no fenômeno do desenvolvimento, para uma roupagem mais humanizada. Assim, principalmente na segunda metade do século passado, o termo teve sua utilização e sentido profundamente amplificados, quando circunscrito pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, documento oficial que lhe concedeu cientificidade e fundamentação jurídica, ao confirmá-lo como um processo econômico, social, cultural, político, mas sobretudo humano.

Isto porque, ao longo do século XX, se tornou essencial para a sociedade a instauração de direitos que salvaguardassem o próprio gênero humano, em especial sob o ponto de vista desenvolvimentista e separado de desígnios meramente econômicos e quantitativos. Então, nesta abordagem histórica, valeu lembrar, também, que os direitos fundamentais, na trilha dos direitos humanos, prosperaram formidavelmente e, constantemente, foram – e ainda são – aprimorados pelo acréscimo de dimensões – ou gerações –, cada vez mais expansivas e preocupadas em preservar direitos difusos e globais.

Nesta nova realidade, de viés jurídico-humanista, alterou-se o termo desenvolvimento consideravelmente, visto que afastou a sua percepção única como crescimento econômico, de forma deslocá-lo para um conceito alicerçado em elementos mais amplos, profundos e necessários, tais como a desigualdade social, a pobreza e a ausência de acesso a serviços básicos. Daí o porque de se ressaltar o direito ao desenvolvimento, mormente, como um mecanismo compensatório das manifestas mazelas econômicas, sociais, ambientais e culturais produzidas pelos padrões vigorantes de crescimento econômico até os dias atuais.

Entrementes, ainda que o direito ao desenvolvimento esteja atrelado ao bem-estar de todos em uma sociedade, ele apresenta-se somente como uma pequena semente, por desabrochar no terreno da proteção dos direitos humanos. Pois, por

mais que seja afável reconhecer todo o processo de construção da teoria das gerações de direitos garantidos historicamente, e trazidos à análise, evidente que a eles precisa-se somar, quiçá, uma pitada a mais de liberdade, em relação à visão restrita dos padrões econômicos atuantes na contemporaneidade, haja vista a primazia de se assegurar a qualidade de vida das pessoas.

Sendo assim, à vista da consagração do direito ao desenvolvimento no último século, em poucas palavras, isto significou elevá-lo a uma questão central, na garantia da prosperidade dos indivíduos, pois, no seu reconhecimento fortificou-se o valor mais supremo da sociedade, a pessoa humana. No entanto, para que tudo isto seja, verdadeiramente, efetivo é necessário, todavia, que exista uma séria aproximação entre os mais diversificados agentes sociais (mercado, governos e indivíduos), para que, desta maneira, o direito ao desenvolvimento seja, de fato, um instrumento viabilizador de crescimento equitativo, motivador de inclusão social e gerador de justiça social.

De uma maneira bem geral, demonstrou-se, em uma construção sintética, que o direito ao desenvolvimento na contemporaneidade além de, devidamente, adotado em contexto internacional, também foi regionalmente instrumentalizado, de forma a edificar, sob os prenúncios da ONU, uma rede protetiva de direitos basilares. Entretanto, restou claro, pelos estudos realizados, que, hoje em dia, as maiores discussões que envolvem a temática não mais recaem sobre a sua existência, visto o seu reconhecimento enquanto direito, mas sim nos obstáculos para a sua real implementação, pois, o sucesso do desenvolvimento reclama uma visão estratégica, bem como, a sua conversão em projetos e políticas.

Sequencialmente, debruçou-se sobre a teoria do desenvolvimento como liberdade idealizada pelo professor Amartya Kumar Sen, onde a liberdade ganha relevo, por ser considerada o principal fim do desenvolvimento. Desta maneira, a abordagem seniana segue, justamente, na direção de um desenvolvimento que enfatiza a expansão das capacidades humanas, compreendidas como a substancial condição para que os indivíduos realizem a sua plena emancipação.

Com apoio nesta noção, reconheceu-se que o economista indiano ofereceu frondosa contribuição ao campo do desenvolvimento, ao edificar sua abordagem amparada pelas capacitações emancipatórias dos indivíduos, a fim de impulsioná-los em suas próprias trilhas de desenvolvimento. Para tanto, ele usou de reflexões que

ultrapassaram as versões restritivas e que, por muito, o equipararam a indicadores meramente econômicos, propondo uma perspectiva humanizada.

Então, notadamente, na visão de Sen, o desenvolvimento humano é aquele que, a grosso modo, harmoniza produção e distribuição adequada de renda e qualidade de vida, com inclusão social, progresso tecnológico e preservação ambiental, assim como, participação social e o exercício da cidadania. Tudo isto com o propósito de eliminar, genuinamente, as privações de liberdade que tiram das pessoas as realizações e oportunidades de exercer a sua condição de agente. Ou seja, o desenvolvimento deve ser compreendido como um processo de expansão de capacidades, que proporciona ao indivíduo a chance de transformar a sua própria vida.

Para tanto, Sen destacou a necessidade de discutir a importância dos mercados na vida econômica e da ingerência das instituições – públicas e privadas – , na promoção e ampliação de serviços essenciais, assegurados aos cidadãos. Isto é, um desenvolvimento como liberdade. Frisou, também, a urgência de fortalecimento dos sistemas democrático, visto que é um componente que aumenta a liberdade de escolha, de oportunidades de articulação e de participação das pessoas na construção de valores e normas de convivência social.

Demonstrou, igualmente, o entendimento do autor, que existem inúmeros fatores que, quando eliminados ou promovidos, contribuem para a caracterização de um modelo de desenvolvimento voltado para a humanização. Assim, trata-se de matérias relativas à supressão da miséria, da não discriminação, da subnutrição, da fome generalizada, da promoção do empoderamento feminino, da observância dos direitos humanos, do alargamento informacional, da participação social, do desarme, da justa distribuição de riquezas, somente a título de exemplo.

Frente a estes apontamentos, foi extremamente importante para o trabalho averiguar que, apesar de devidamente legitimado no plano internacional dos direitos humanos, erigido pelas Nações Unidas, o direito ao desenvolvimento ainda carece de certo alinhamento, na ordem interna do Estado brasileiro, uma vez que a estrutura normativa brasileira, incluindo a Constituição Federal de 1988, não mencionam, em sentido abrangente e inclusivo, o termo como um direito fundamental, como fazem os documentos internacionais.

Em todo caso, é possível admitir que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental, tendo em conta a sua indireta integração ao ordenamento jurídico, haja vista que, além dos direitos fundamentais, explicitamente estabelecidos, segundo o § 2º do artigo 5º do Texto Maior, outros podem surgir, com base nos princípios adotados pela CF/88, ou nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário.

Todavia, ainda que o reconhecimento dos direitos humanos não esteja vinculado às condições exageradamente formais, e sendo o direito ao desenvolvimento um direito humano – de terceira geração –, não seria necessária a sua declarada previsão no direito positivo interno. Contudo, não obstante seja certo que o mero texto legislativo não possui, sozinho, força para mudar, automaticamente, a realidade social, demonstrou-se que o direito ao desenvolvimento, como qualquer outro direito fundamental, merece proteção constitucional, pois o seu não reconhecimento deixa à margem da sociedade as minorias.

De outro lado, aclarou-se que a Magna Carta, ao citar o termo desenvolvimento por cerca de 28 vezes, deu-lhe normatividade e o associou, disfarçadamente, às condições de natureza econômica, social, humanitária e culturais dos sujeitos. Neste sentido, apesar da simples alusão à palavra desenvolvimento não configurar a existência de um direito, é importante evidenciar que, se estiver presente, no contexto constitucional, este direito já é uma realidade, a qual, até certo ponto, orienta a política nacional e o desenho institucional democrático, adequado e articulado, de um projeto de sociedade voltada para a concretização do convívio comum almejado.

À vista disto, considerou-se, também, algumas questões sobre a instrumentalidade do direito ao desenvolvimento, tendo em mente que a efetivação de muitos direitos pode ser comprometida pela inaptidão do Estado de monopolizar o poder, em tempos de economia globalizada. De fato, não há que se falar em respeito à dignidade da pessoa humana e ampliação das liberdades emancipatórias, se não existir recursos financeiros para tanto. Então, quando a economia se volta para o desenvolvimento, como direito humano, há uma maior possibilidade de efetivação do bem-estar dos indivíduos e da coletividade.

Neste ponto, notou-se que a função instrumental do direito ao desenvolvimento compreende, em especial, a legitimação igualitária de seus titulares ao acesso dos indicadores de desenvolvimento humano, de maneira autossustentada e alcançável para todos. Mas não somente aos clássicos e

globalmente indicadores ligados ao crescimento econômico, mas sim em índices que reconheçam, com efeito, a contemporânea concepção de desenvolvimento como instrumento de satisfação das necessidades humanas.

Merece destaque aqui, também, a ideia de que o desenvolvimento, em sua roupagem humana, edifica seus alicerces científicos em diversificados instrumentos, pois trabalha com o envolvimento e a cooperação de todos os indivíduos, com um complexo de políticas sociais, econômicas e culturais, bem como com a colaboração entre o Estado e demais agentes econômicos, tudo isto para estabelecer proteção e garantia de inclusão social para todos. Entretanto, mesmo diante da possibilidade de um rol de mecanismos que pode fazer do direito ao desenvolvimento um verdadeiro instrumento, capaz de transformar a realidade social, este ainda carece de promoção.

Por isto, quando o exercício de direitos ou o acesso a bens essenciais é negado ao cidadão pelo Estado, sob a alegação de não dispor de recursos financeiros para tanto, isto, supostamente, não parece uma razão justa para o não cumprimento desta exigência, ao menos à primeira vista. Em todo caso, é por situações como esta que a finalidade da economia, na visão desta pesquisa, deveria possibilitar o desenvolvimento dos cidadãos, ao lhes garantir a dignidade da pessoa humana, por meio da realização do direito ao desenvolvimento.

Com base nisto, ao final da quarta seção da tese, observou-se que, para garantir o direito ao desenvolvimento, não são raras as vezes que o poder judiciário é chamado para, mediante a prolação de suas decisões, promover o desenvolvimento da sociedade, o qual representa, por meio de sua atuação, um expressivo papel no Estado contemporâneo. Neste contexto, considerou-se que, diante de demandas que envolvam os direitos essenciais à manutenção da dignidade das pessoas, não está o Poder Judiciário à margem dos problemas sociais, o qual não pode ficar à mercê de equivocadas ideologias formais e distantes da realidade.

Tendo isto exposto, na quinta e última parte do trabalho (capítulo 5) buscou-se compreender o mundo numa perspectiva para além da hermenêutica – ao anunciar que mundo aqui é a Teoria da Decisão Judicial –, ao defender que as decisões judiciais precisam amparar-se em critérios racionais e coerentes e não no mero subjetivismo e criatividade dos julgadores, pois isto é o que legitima a edificação de um direito focado no desenvolvimento. Então, pugnou-se pela quebra de paradigma das clássicas teorias do direito e da decisão judicial, em prol, principalmente, de

instrumentos para além dos econômicos, na salvaguarda do direito ao desenvolvimento.

Assim, o que se objetivou foi a construção de uma Análise Jurídica da Economia, ou seja, uma inovadora proposta de mudança de paradigma na ciência jurídica e, portanto, na Teoria da Decisão jurídica, por meio de um contraponto à Análise Econômica do Direito. Pois, deste modo, o Poder Judiciário, por meio das decisões jurígenas, tornou-se um exímio colaborador para a efetivação de direitos afetos à dignidade humana, de forma a exercer importante função em países redemocratizados.

Portanto, diante da complexidade da sociedade contemporânea procurou-se, no pensamento pragmático jurídico, encontrar uma possível resposta adequada para os conflitos jurídicos que envolvem o direito ao desenvolvimento. Uma vez que, nem os fenomenais avanços científicos, tecnológicos, cibernéticos, informacionais, manifestados no século XX, foram razoavelmente suficientes para conter ou reverter a ascensão das crises humanitárias globais, geradoras de desigualdades sociais, instabilidades econômicas de espectros globais, imensos monopólios de capitais e o esvaziamento das instituições jurídico-políticas.

Tudo isto porque, na atual sociedade, eminentemente mercadológica, as relações interpessoais são, vertiginosamente, econômicas e rápidas, quando comparadas a outras estruturas e instituições tradicionais. Com base nisto, o homem contemporâneo, evidentemente, vive num ambiente submetido à globalização e à economia capitalista neoliberal, que valoriza, sobremaneira, o individualismo, a competição, o consumismo, as necessidades supérfluas e as imediatas satisfações pessoais, numa lógica, desenfreada, de produção e distribuição de bens e riquezas, que, por vez, não alcançam grande parte da população.

Portanto, restou nítido que a humanidade precisa, com certa urgência, de meios para superar os obstáculos que envolvem a sociedade capitalista e, portanto, erigir um outro paradigma orientador da economia, especialmente nas questões que circundam e conduzem as pessoas para um desenvolvimento digno. Neste norte, fixou-se a necessidade da construção de uma alternativa viável e que vise, dentro dos objetivos desta tese, a uma economia que tenha como base o ser humano, e não somente o capital. Isto é, uma formação econômicosocial em que o ser humano seja o fim, ao invés de ser meio que conduz uma minoria ao lucro, riqueza e poder.

Em rigor, isto significa que é necessário pensar em uma economia voltada para o progresso do homem, ou melhor, a ciência econômica tem que, na medida de suas possibilidades, encontrar respostas viáveis para solucionar, equanimemente, o problema da otimização de recursos na sociedade, em prol de oportunidades iguais. Então, isto sim seria humanizar a economia, o que pressupõe renovar, conscientemente, os valores sociais promotores do respeito às pessoas, em âmbito individual e coletivo, ao reativar parâmetros voltados para as liberdades emancipatórias.

Daí porque, é indispensável instrumentalizar a economia por intermédio de mecanismos capazes de renovar seus aspectos e funções, rumo ao aperfeiçoamento humano em sociedade. Para tanto, sugeriu-se, nesta pesquisa, que possíveis caminhos para se alcançar esta humanização estariam na redemocratização do capitalismo, no resgate do diálogo entre a economia e a ética, na renovação da forma como o termo crescimento/desenvolvimento tem, a muito, sido indiscriminadamente utilizado, bem como a existência de uma aproximação da solidariedade com a política.

Porém, tudo isto só seria viável, no padrão explicitado, mediante investimentos em ações que garantam a autonomia da economia, em especial em nível regional e local, de forma a reposicioná-la a serviço do homem. Neste sentido, alguns modelos econômicos, sobretudo aqueles que defendem o desenvolvimento sustentável, digno, justo, não acumulativo e fraterno seriam importantes para uma mudança de referência na atuação econômica, principalmente, quando se pensa sob o viés da humanização e não voltado, unicamente, para a maximização de utilidade e lucro.

Neste contexto, o direito, articulado aos elementos selecionados anteriormente, poderia, também, contribuir para a humanização da economia, principalmente ao demandar respostas mais eficazes e que melhor orientem e harmonizem as diversas relações que emergem, hordiernamente, da sociedade complexa. Assim, ao perfilar o sistema judicial e as necessidades da economia, o direito encontraria, igualmente, o seu papel, especialmente, na perspectiva do pragmatismo jurídico.

Nesta mesma linha de raciocínio, identificou-se que, para se discutir, verdadeiramente, o estabelecimento de um outro paradigma jurídico, seria, além de tudo que foi dito até aqui, necessário encarar os desafios da complexa sociedade, de maneira transdisciplinar, ao transgredir das relações e pensamentos, tradicionalmente, lineares para uma integração plural, diversificada, dinâmica e

universalizada, por meio de métodos científicos, que dialoguem, ampla e profundamente, com os diversos saberes e, efetivamente, integrem o sujeito e o objeto.

Também nesta parte do trabalho, constatou-se que o jurídico, mormente, reclama por uma nova interpretação, ou seja, uma nova visão, que possibilite vislumbrar os fenômenos jurídicos, de maneira mais ampla e humanizada, alicerçado em valores sociais atuais, assentado numa dignidade concreta, organizado em uma igualdade equânime, alimentado por princípios éticos e, acima de tudo, que garanta o direito ao desenvolvimento. Portanto, o direito precisa ir além, se mostrar robusto e, quando proveitoso, sustentar-se em outras ciências, bem como em distintos recursos, para lhe afastar de uma lógica tradicional e ineficaz aos acontecimentos oriundos da sociedade complexa.

Então, sob esta perspectiva, passou-se a discorrer sobre o necessário diálogo transdisciplinar entre o direito e outras áreas das ciências, nesta tese a economia, na intenção de alcançar a justiça. Isto porque, os intérpretes (profissionais) jurídicos, no contexto da sociedade complexa, têm experienciado uma multiplicidade de novos fenômenos sociais – e por vez também jurídicos – que não mais são compreendidos somente sob a ótica dos institutos do direito.

Em suma, diante desta conjectura, sustentou-se que o direito deve nortear-se não apenas pelo ordenamento jurídico positivo, mas também pelo reconhecimento de outras concepções de mundo, pela aceitação das metamorfoses da realidade, pela manutenção de uma vigilância reflexiva e pela convivência com a multiplicidade. Somente para ilustrar, com atitudes assim o jurídico poderá alcançar, quiçá, a sua efetividade, ao recepcionar a complexidade e a transdisciplinariedade. Insta que, de certo modo, as tradicionais teorias do direito não mais alcançam o nobre desiderato de compreender, promover e regular as pautas formais de ordenação social, por meio das normas imperativas.

Todavia, num primeiro olhar, o que se notou foi que direito e economia não parecem se integrar como ciências, ainda que sejam segmentos que lidam com os mesmos problemas, ou seja, os conflitos de interesses relacionados à escassez de recursos. Entretanto, durante os estudos, a associação entre estas ciências mostrou-se muito pertinente, isto porque, tanto o direito, quanto a economia, enquanto ciências sociais, estão a serviço do entendimento e ordenamento do comportamento humano.

Com efeito, na sociedade atual, estas disciplinas deveriam, então, interagir como um todo indiviso, e os juristas, certamente, ao conhecer e entender os institutos econômicos e o próprio funcionamento do mercado auxiliariam, demasiadamente, a comunicação entre o direito e a econômica, bem como, proporcionariam uma melhor atuação da esfera jurídica sobre o comportamento dos agentes econômicos. Tal visão, é concebível, em especial no limiar do novo milênio, tendo em vista que esta compreensão e execução conjunta, como fato social, sem dúvida viabilizaria um acréscimo à qualidade de vida das pessoas.

Isto significa dizer que os juristas – e as decisões judiciais – teriam a atribuição de colocar sua atenção nos problemas de justiça, e não apenas em questões relacionadas, exclusivamente, àquelas que impliquem os sujeitos do mercado. Neste cenário, a necessária conversa entre economistas e juristas ganha especial destaque, sobretudo como condição facilitadora do desenvolvimento humano e justo dos indivíduos.

Portanto, se o sentido e a razão do direito sempre foram as questões de justiça, mais equilibrado seria o jurídico ser o responsável por nortear a elaboração e a aplicação das ferramentas econômicas, mas sempre na busca pelo direito ao desenvolvimento. Ou seja, numa verdadeira Análise Jurídica da Economia, uma variação à Análise Econômica do Direito, onde o econômico deve ser alcançado, mas com a observação da transdisciplinariedade e do estímulo, sem exceções, dos direitos fundamentais das pessoas.

Assim, foi neste momento que, com vistas a edificar um melhor fundamento para as decisões jurígenas, sob a ótica do pragmatismo jurídico, e na busca, sempre, da efetivação do direito ao desenvolvimento, a pesquisa rumou para a pouco explorada Análise Jurídica da Economia. Detaca-se, aqui, que esta inovadora proposta de Teoria da Decisão Judicial preza, sobretudo, pelo entendimento da economia – e suas ferramentas – sob a perspectiva do direito.

Além disto, há de esclarecer que a AJE se qualifica, particularmente, por ser uma experiência harmonizadora entre as finalidades da economia e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos para, neste sentido, oportunizar a justiça econômica para todas as pessoas. Vale lembrar que, nesta perspectiva, os profissionais do direito – em relevo os juristas –, deveriam considerar, no processo de

tomada de decisão, os valores não econômicos e socialmente desejados, tais como bem-estar, justiça e direito ao desenvolvimento.

Logo, a construção desta abordagem alternativa visa a estabelecer, então, os fundamentos e racionalidade típica da, pragmática, Análise Econômica do Direito, o que é essencial para a solução das questões sociais complexas. Porém, devem ser pensados e aplicados – pelo Poder Judiciário – para além dos parâmetros metodológicos individualistas, da conduta racional maximizadora e da eficiência econômica mercadológica, mas voltados para o alcance dos direitos e, não mais somente à maximização de riqueza.

Para este fim, os valores econômicos precisam estar compromissados com o bem-estar de todos. Isto significa que os limites da economia devem ser traçados pelos supremos valores jurídicos. Por isto, na visão da Análise Jurídica da Economia, as escolhas dos agentes econômicos nem sempre se basearão na utilidade econômica, mas voltada para os benefícios, em termos de aquisição de direitos que garantam o pleno desenvolvimento dos indivíduos, ainda que isto envolva a superação dos custos envolvidos, visto que é dever do Estado a promoção dos direitos fundamentais constitucionalmente determinados.

Isto posto, o direito e suas instituições, do ponto de vista da Análise Jurídica da Economia, não seria um instrumento utilizado em benefício da economia, e suas organizações, mas sim o meio de construção e realização de uma sociedade democrática e justa. Sendo assim, a funcionalidade e a produtividade da economia seriam destinadas à alocação dos bens e recursos necessários para que cada pessoa, a seu modo, dentro de suas expectativas, construísse o seu projeto de vida plena.

Em síntese, convém deixar claro que o paradigma pragmático da AJE não tem – nesta tese – a intenção de construir repostas descontextualizadas, fáceis, corretas e simples para os problemas sociais complexos, multiformes e heterogêneos, ou até mesmo, criar critérios absolutos para compreendê-los, mas fazer nascer a ideia de que, para solucioná-los, é preciso, dentre outras questões, determinação para ir além da hermenêutica, num esforço incessante pela efetivação de direitos. Em razão disto, esta pesquisa filiou-se a uma abordagem que considera uma outra via de superação de obstáculos sociais, para uma grande parcela da população, isto é o direito como agente maximizador de desenvolvimento humano, por meio da economia.

Porém, também nunca foi o objetivo deste texto científico responder a todas as perguntas referentes às questões que envolvem a justiça, mas, sem dúvidas, abrir um horizonte de possibilidades para os resultados mais humanos, dignos e justos, ao formular uma teoria da decisão judicial que, racionalmente e coerentemente, tenha por objetivo fomentar o direito ao desenvolvimento, sobretudo em países que experimentaram uma democratização tardia e que o processo majoritário não consegue atender às necessidades básicas de seus membros.

Nesta linha de entendimento, percebeu-se que compete, então, ao Poder Judiciário o exercício de um papel mais ativo, ou seja, o dever de garantir – pragmaticamente – muitos dos direitos fundamentais dos cidadãos, preestabelecidos nas legislações de cunho ordinário ou constitucional. Em razão disto, os requisitos da Análise Econômica do Direito – em sua concepção descritiva – são chamados para analisar o comportamento dos profissionais jurídicos, bem como, os efeitos das decisões judiciais, com vistas à efetivação do direito ao desenvolvimento, e não riqueza econômica desconceitualizada, existindo, assim, uma legítima Análise Jurídica da Economia.

Neste sentido, entendeu-se que as decisões judiciais não deveriam ser utilizadas no sentido de apenas punir os agentes econômicos – públicos ou privados – isoladamente, mas sim como instrumento desestimulador da judicialização e estimulador de investimentos em políticas públicas, políticas de pesquisas, transformação legislativa, cumprimento dos direitos fundamentais, bem como, em outros investimentos econômicos. Desta forma os juízes, ao fundamentarem suas decisões, precisam pensar além das partes e instâncias envolvidas, de forma a refletir sobre o sistema como um todo e compreendê-la como um instrumento capaz de influenciar as condutas racionais dos agentes econômicos.

Assim, a alegação da escassez de recursos como justificativa para o não reconhecimento de direitos pelo Estado, quando levado à apreciação do Poder Judiciário, precisa servir – mediante a prolação das decisões judiciais – como uma oportunidade para incentivar/prevenir os agentes políticos a racionalizar as vantagens de atender e implementar, espontaneamente e minimamente, as necessidades sociais, para a plena satisfação de todos. Isto representa a racionalidade típica da economia, incorporada à racionalidade do intérprete jurídico, de modo a representar mais um elemento para a construção de uma sociedade desenvolvida.

Desta forma, o órgão julgador, ao racionalizar o direito e empregar os conceitos econômicos – tal qual a eficiência –, tende a contribuir para uma melhor distribuição dos recursos, para a realização de direitos e, conseqüentemente, para a ampliação da economia, e, sobretudo, para o respeito aos direitos fundamentais. Em razão disto, é notório, diante da realidade contemporânea, que a judicância precisa se adaptar e ir mais adiante da esfera custo-benefício individual de resolução de conflitos, para, assim, entender e colaborar, ativamente, para a efetivação do direito ao desenvolvimento.

Ademais, a tutela jurisdicional precisa ser considerada pelos sujeitos como ferramenta de incentivo/desincentivo para comportamentos racionais. Isto quer dizer que as decisões jurígenas devem influenciar a execução das escolhas pelos agentes econômicos – setores público e privado – para, com isto, inibir ou incentivar atitudes, por meio da apresentação de um conjunto de custos e benefícios.

Com efeito, a presente pesquisa comprova, ao menos pelas hipóteses apresentadas, que a Análise Jurídica da Economia, como fundamento para as decisões judiciais, à luz do pragmatismo jurídico, é sim um outro paradigma na Teoria da Decisão Judicial, capaz de contribuir, satisfatoriamente, com a divisão equitativa de riquezas, com a ampliação do sistema econômico, com a concretização do direito ao desenvolvimento e, à vista disto, com a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1. ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castinho Benetti. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Dizionario di Filosofia.

ABREU, Cesaltina. Amartya Sen: O autor e algumas das suas obras. **Revista Angolana de Sociologia**, Luanda, n. 9, p. 205-207, 2012. Disponível em: <http://journals.openedition.org/ras/484>. Acesso em: 07.06.2021.

ADDISON, Tony; CORNIA, Giovanni Andrea Cornia. Income Distribution Policies for Faster Poverty Reduction. **WIDER Working Paper Series DP2001-93**, World Institute for Development Economic Research (UNU-WIDER), 2001. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2001-93.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

AGUILLAR, Fernando Herren. Metodologia da ciência do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/issue/view/104>. Acesso em: 24 fev. 2021.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luis Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da economia. **Revista do Mestrado em Direito** (Universidade Católica de Brasília), Brasília, v. 1, p. 49-101, 2007.

ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. Pragmatismo jurídico e decisão judicial. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3440>. Acesso em: 30 set. 2021.

ALVARELI, Luciani Vieira Gomes. **Auto-heteroecoformação tecnológica experienciada por um professor atuante na plataforma moodle sob a perspectiva da complexidade**. 2012. Tese (Doutorado em Linguística Aplicada e Estudos da Linguagem) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/13564>. Acesso em: 05 ago. 2021.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito**: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v.9, n. 29, p. 49-68,

jul./dez. 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/287/260>. Acesso em: 03 jan. 2021.

ANÁLISE Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ. **Projeto de Difusão de Conhecimentos em Direito, Economia e Justiça**. Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro. Disponível em: <https://dej.fgv.br/noticias/analise-economica-do-direito-na-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 23 mar. 2021.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed., ver. e mod. São Paulo: Saraiva, 2018.

ANGELI, José Mario. **Globalização e pós-moderno**. Revista Mediações, Londrina, v. 1, n. 2, p. 13-20, jul./dez. 1996. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9376/8103>. Acesso em: 03 dez. 2020.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-05012012-75449/publico/VERSAO_RESUMIDA_Direito_ao_desenvolvimento_de_comunidade_s.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 117-151.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Contos plausíveis**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. A ruptura do paradigma cartesiano e alguns dos seus reflexos jurídicos. **Revista CEJ**, Brasília, a. 13, n. 46, p. 78-86, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23672.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Por uma concepção semântico-pragmática da linguagem. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem – ReVEL**, v. 5, n. 8, p. 01-26, mar. 2007. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/pt/edicoes/?id=8>. Acesso em: 28 maio 2020.

ARAÚJO, Inês Lacerda. A natureza do conhecimento após a virada linguístico-pragmática. **Revista de Filosofia**, Curitiba, v. 16, n.18, p. 103-137, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1483>. Acesso em: 03 maio 2020.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Subjetividade e linguagem são mutuamente excludentes? **Princípios – Revista de Filosofia**, Natal, v. 14, n. 21, jan./jun. 2007, p. 83-103. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/493>. Acesso em: 09 ago. 2020.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 05-14, jul./set. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/498/r143-01.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 18 jun. 2021.

ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages* e sua aplicabilidade no Brasil. **Doutrina: edição comemorativa**, 25 anos, Superior Tribunal de Justiça, Brasília. p. 321-345, 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117/1051>. Acesso em: 28 mar. 2021.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007. Tradução de: *The Human Condition*.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Tradução de: *The origins of totalitarianism*.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

ARMADA, Charles Alexandre Souza. Uma sociedade global e um novo tempo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 843-866, 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 20 jul. 2021.

ARMADA, Charles Alexandre Souza. Por uma nova economia. **Caderno Científico CECIESA – GESTÃO**. Itajaí, v. 1, n. 1, p. 01-11, 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/cccg/issue/view/350/showToc>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ARRABAL, Alejandro Knaesel; ENGELMANN, Wilson; KUCZKOWSKI, Sidnei. Filosofia da linguagem e giro linguístico: implicações para os direitos autorais. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 2, p. 81-106, jul. 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/23205>. Acesso em: 05 maio 2020.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 30 jul. 2019.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy. Tradução de *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*.

ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade**: o que pode ser feito? Tradução Elisa Câmara. São Paulo: LeYa, 2015. Tradução de: *Inequality: what can be done?*

AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003.

AXELROD, Robert M. **The evolution of cooperation**. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984.

BACUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 119-125.

BAPTISTA, Adília Fernanda Mesquita Maia Gaspar. **Justiça distributiva**: um paradigma questionável. 2018. Tese (Doutorado em Filosofia Moral e Política) – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/75920>. Acesso em: 18 set. 2020.

BARBOSA, Claudemir Costa. **Um estudo semiótico sobre a filosofia da linguagem a partir da linguística de Saussure e da pragmática pinguística de Charles Morris**. 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós Graduação em Filosofia, Faculdade de São Bento do Mosteiro de São Bento de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://faculadadesaobento.com.br/files/pesquisas_56921416-10300762-6647-052015.pdf. Acesso em: 05 maio 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRAL, Weber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. *In*: BARRAL, Weber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica de desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 31-60.

BARROS, Ana Carolina Vieira de; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. O direito ao desenvolvimento em evidência: construção conceitual e inserção da biodiversidade como quesito chave para o fortalecimento dos direitos humanos. **Revista Argumentum**, Marília, v. 21, n. 3, p. 1151-1175, set./dez. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1377/825>. Acesso em: 12 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 29 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). **Democratizing Constitutional Law: perspectives on Legal Theory and the legitimacy of constitutionalism**. Heidelberg: Springer, 2016, p. 71-90.

BASTOS, Aurélio Wander. **O Ensino jurídico no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BATTESINI, Eugênio. A história do pensamento em direito e economia revisitada: dos precursores à pós-modernidade. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 597-693, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-1/186>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Tradução de: Liquid Modernity.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. Tradução de: Wasted lives: modernity and its outcasts.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Tradução de: Liquid times: living in an age of uncertainty.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Tradução de: Liquid fear.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Tradução de: The Individualized Society.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. Tradução de: Legislators and interpreters: on modernity, post-modernity and intellectuals.

BAUMGARTEN, Maíra. Sociedade e conhecimento: ordem, caos e complexidade. **Sociologias**, Porto Alegre, a. 8, n. 15, jan./jun. 2006, p. 16-23. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/SkB5rMnKt4jY5nZvqzG8p5y/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana**. Tradução Ubenai Lacerda. Aparecida: Santuário, 2013. Tradução de: Il principio dignità umana.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012. Tradução de: Reflexive modernization: politics, tradition and aesthetics in the modern social order.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direitos Humanos e Desenvolvimento algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. **Desenvolvimento em Questão**, Ijuí, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/issue/view/>. Acesso em: 11 maio 2020.

BELTRAME, Bruno; MATTOS, Laura Valladão. As críticas de Amartya Sen à teoria da escolha social de Kenneth Arrow. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 27, n.1, p. 65-88, 2017. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2790>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. **Ensaio sobre o capitalismo no século XX**. São Paulo: UNESP, 2004.

BENFATTI, Fabio Fernandes. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução Luís Paulo Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril, 1989. Tradução de: An introduction to the principles of morals and legislation.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERMAN, Paul Schiff. From international law to law and globalization. **University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers**, Connecticut, n. 23, p. 551-556, 2005. Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=faculty_publications. Acesso em: 06 jan. 2021.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. **Southern California Law Review**, Princeton, v. 80, p.1155-1238, 2007. Disponível em: <http://ssm.com/abstract=985340>. Acesso em 06 dez. 2021.

BERNDT, Rafael Espíndola; SANTIN JÚNIOR, Walter. Do positivismo jurídico ao pós-positivismo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 24, n. 30, p. 39-59, 2017. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/164>. Acesso em: 22 set. 2020.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Decisão judicial: quais os limites de juízes e tribunais? **Revista Parahyba Judiciária**, João Pessoa, v.11, n. 11, p. 67-90, 2018.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? Valores, hermenêutica e argumentação**: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses, 2018.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no novo CPC. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (org.). **Direito tributário e os novos horizontes do processo**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 197-223.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Júpiter, Hércules, Hermes e a efetivação dos direitos sociais: quem são e por que estes juízes decidem de forma tão diversa? **Revista Parahyba Judiciária**, João Pessoa, v. 9, n. 9, p. 53-91, 2016.

BILHIM, Renata da Silveira. **Pragmatismo e justificação da decisão judicial**: a argumentação consequencialista como fundamento de validade da justa decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 27-36.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Puliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. Tradução de: Liberalismo e democrazia.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varrialle; Gaetano Lo Mônoca, João Ferreira; Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. Tradução de: Dizionario di política. v. I.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial**: um consenso mínimo entre os humanos. Brasília: Letraviva, 2000.

BOLWERK, Aloísio Alencar. **Método jurídico axiológico aplicado ao direito civil**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/470>. Acesso em: 06 set. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Camila Aparecida; BENACCHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito humano ao desenvolvimento. **Revista Argumentum**, Marília, v. 17, p. 158, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/149>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BOZZA, Roseli de Fátima Bialeski. **Direito ao desenvolvimento na era da globalização econômica: ordem econômica constitucional e as empresas transnacionais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_ad7643d0b1738389558173eae29bf462. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2494>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRAIDA, Celso Reni. **Filosofia e linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde, 2013.

BRANDÃO, Ana Rute Pinto. A postura do positivismo com relação às ciências humanas. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia**, Pouso Alegre, v. 03, n. 06, p. 80-105, 2011. Disponível em: https://www.theoria.com.br/?page_id=5. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRANDÃO, Cláudio; GAUER, Ruth Maria Chittó. Notas críticas ao nascimento conceitual dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 110, p. 123-147, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2015v110p123>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 1163283 Rio Grande do Sul**. Recurso Especial. Processual Civil. Contratos de financiamento imobiliário. Sistema financeiro de habitação. Lei n. 10.931/2004. Inovação. Requisitos para petição inicial. Aplicação a todos os contratos de financiamento. 1. análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado [...]. Embargante: Banco do Estado do

Rio Grande do Sul S/A – Banrisul. Recorrente: Ignez Ivone Alovisi e outro. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 07 de abril de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185363819/recurso-especial-resp-1163283-rs-2009-0206657-6/relatorio-e-voto-185363841>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial n. 1231432 Paraná**. Criminal. Resp. Descaminho. Não incidência, no cálculo do imposto devido, das alíquotas do PIS e do Cofins. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade. Recurso conhecido e desprovido. Tratando-se de crime de descaminho, não incide sobre o cálculo do imposto devido a alíquota do PIS, tampouco a do Cofins, nos termos do inc. III do art. 2º da Lei nº 10.865/04. [...]. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Dário Enrique Frutos. Relator: Ministro Gilson Dipp, 13 de março de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21428916/recurso-especial-resp-1231432-pr-2011-0021003-4-stj/inteiro-teor-21428917>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 715320 Santa Catarina**. Administrativo. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Agressão praticada por agente da Polícia Federal. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência de Omissão. Tese não prequestionada: Súmula 282/STF. Valor da Indenização. Revisão do Quantum Indenizatório. Precedentes do STJ. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o tribunal a quo se manifesta sobre as questões ditas omissas. [...]. Recorrente: União. Recorrido: Jair Antônio Luiz. 28 agosto de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8884680/recurso-especial-resp-715320-sc-2005-0003903-1/inteiro-teor-13992285>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 455846 Rio de Janeiro**. Responsabilidade Civil Objetiva do Poder Público. Elementos Estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do Risco Administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em Hospital Público. Dano Moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório ("exemplary or punitive damages") e (b) natureza compensatória ou reparatória. [...]. Doutrina. Jurisprudência. Agravo Improvido. Embargante: União. Embargante: Daniel Felipe de Oliveira Netto e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. 11 de Outubro de 2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795332/agravo-de-instrumento-ai-455846-rj-stf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial n. 1255127 Minas Gerais**. Administrativo. Ambiental. Ação Civil Pública. Desmatamento em Área de Preservação Permanente, sem Autorização da Autoridade Ambiental. Danos Causados à Biota. Interpretação dos Arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 e do Art. 3º da Lei 7.347/85. Princípios da Reparação Integral, do Poluidor-Pagador e do Usuário-Pagador. Possibilidade de Cumulação de Obrigação de Fazer (Reparação da Área Degradada) e de Pagar Quantia Certa (Indenização). Reduction ad Pristinum Statum. Dano Ambiental Intermediário, Residual e Moral Coletivo. Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Interpretação in Dubio Pro Natura da Norma Ambiental. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com

o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados pela supressão de vegetação típica de brejo sem autorização do órgão ambiental competente. [...]. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Vera Lúcia de Faria Paiva. 18 agosto de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862797750/recurso-especial-resp-1255127-mg-2011-0091499-0/inteiro-teor-862797760?ref=serp>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus n. 107082 Rio Grande do Sul**. Habeas Corpus. Crime de Tentativa de Furto Agravado. Paciente Reincidente Específico. Diretivas de Aplicação do Princípio da Insignificância. Justiça material. Ponderabilidade no Juízo de Adequação Típica de Condutas Formalmente Criminosas. Significância Penal. Conceito Constitucional. Ordem Denegada. 1. A normal legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, [...]. Paciente: Hélio Matos Martins, Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto, 25 de Abril de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21535530/habeas-corpus-hc-107082-rs>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (1. Turma). **Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário n. 818572 Ceará**. Agravos regimentais no recurso extraordinário. Julgamento conjunto. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Solidariedade entre os entes federativos. Existência. Fornecimento de medicamentos de alto custo. Repercussão geral reconhecida. Devolução dos autos à origem. Artigo 543-B do CPC e art. 328 do RISTF. 1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, [...]. Agravante: Estado do Ceará, Agravado: Luzanira da Silva Lopes, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, 02 de Setembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7134429>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). **Sentença do Processo n. 1138-67.2015.5.10.0003**. Processo do Trabalho. Ação Trabalhista ajuizada por (segredo de justiça) em desfavor de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Juiz Substituto: Gustavo Carvalho Chehab. p. 01-74. 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/teoria-jogos-decisao.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUNGE, Mario. **La investigación científica: su estrategia y su filosofía**. Tradução Manuel Sacristán. 2. ed. Barcelona: Ariel. 1989.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BUFFON, Marciano; JACOB, Lilian Ramos. O Estado Democrático de Direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 103-116, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/66/55>. Acesso em: 14 set. 2021.

BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN**. Natal, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2012. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/488/462. Acesso em: 02 ago. 2020.

CABRAL, Célia Costa. PINHEIRO, Armando Castelar. A justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas. *In*: DIAS, João Álvaro (coord). **Os custos da justiça**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 362-400.

CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Eficiencia y derecho. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 267-287, 1987. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10913>. Acesso em: 07 set. 2021.

CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Justicia, eficiencia y derecho. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 1, p. 305-335, set./dez. 1988. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es>. Acesso em: 07 set. 2021.

CALSAMIGLIA, Albert Blancafort. Postpositivismo. **Doxa**, Alicante. n. 21, v. 1, p. 209-220, 1998. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10045/10389>. Acesso em: 07 set. 2021.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Direito, globalização e humanidade**: o jurídico reduzido ao econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade contemporânea. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPINHO, Bernardo Brasil. O direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos: delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 153-178.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAON, Guilherme Maines. **Análise econômica do direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dialética, 2021.

CAPPELLETTI, Mauri. **Juízes legisladores?** Tradução Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Tradução de Giudici Legislatori?

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de: Access to justice: the worldwide movement to make rights effective.

CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramente, 2016. Tradução de: Las teorías jurídicas post positivistas.

CARDOZO, Benjamin Natan. **A Natureza do Processo Judicial**. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Tradução de: The nature of the judicial process.

CARDIA, Fernando. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. *In*: AMARAL JUNIOR, Alberto (org.). **Direito internacional e desenvolvimento**. Barueri: Manole, 2005. p. 53-70.

CARNEIRO, Claudio. A era do compliance em tempos de globalização e (neo) constitucionalismo. *In*: PIFFER, Carla; OLIVEIRA NETO, Francisco José R. de; LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**: tomo 04. Itajaí: UNIVALE, 2018. p. 10-24. E-book.

CARNEIRO, Maria Francisca. Transdisciplinaridade como tradução intersemiótica para o direito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a. 2, n. 10, p. 10795-10799, 2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-do-instituto-do-direito-brasileiro-ano-2-2013-n-10/142>. Acesso em: 05 ago. 2021.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8649>. Acesso em: 05 maio 2020.

CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade econômica no direito. Teresina, **Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, p. 221-234, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/1084/870>. Acesso em: 18 set. 2021.

CARVALHO, Paulo Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Pedro Felipe Wosch de. Giro linguístico e limites semânticos da interpretação de textos legais. **Revista da ASSEJUR**, Curitiba, ano 2, n. 2, p. 20-34, dez. 2018. Disponível em: <http://www.assejurpr.com.br/wp-content/uploads/2018/12/ONLINE-ARTIGO-1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A globalização e os desafios do poder judiciário no século XXI em prol da realização do bem-estar e do desenvolvimento. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 2089-2114. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+\(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf). Acesso em: 12 jul. 2019.

CARVALHO NETO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. Análise jurídica da política econômica. **Revista da PGBC**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 17-70, jun. 2009. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pgbcb/062009/revista_procur_geral_bc_vol3_num1.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

CECATO, Maria Aurea Baroni. Direitos laborais e desenvolvimento: interconexões. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. LI, p. 173-191, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24750>. Acesso em: 05 jul. 2021.

CENCI, Ângelo Vitório; MARCON, Telmo. Sociedades complexas e desafios educativos: individualização, socialização e democracia. *In*: MÜHL, Eldon Henrique; DALBOSCO, Cláudio Almir; CENCI, Ângelo Vitório (org.). **Questões atuais de educação**: sociedade complexa, pensamento pós-metafísico, democracia e formação humana. Ijuí: EdUnijui, 2016. p. 111-130.

CHAMECKI, Eduardo. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica crítico-alterativa**: caminhos para descolonização do saber jurídico. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=193870. Acesso em: 08 ago. 2020.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência em vez de justiça? uma abordagem crítica sobre os fundamentos filosóficos da análise econômica do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 233-251. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/x552ze4o>. Acesso em: 12 set. 2021.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** neoliberalismo e ordem global. Tradução Pedro Jorgensen Junior. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Tradução de: Profit over People.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CITTADINO, Gisele. Direito e política: um ensaio sobre o tempo e o espaço. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 8, n. 2, p. 164-173, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/570>. Acesso em: 09 set. 2020.

COASE, Ronald Harry. The problem os social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

COIMBRA, Fábio. **Liberdade e democracia**: fundamentos e fins do desenvolvimento na perspectiva de Amartya Sen. 2015. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar) – Programa de Pós-Graduação em Cultura e Sociedade, Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2015. Disponível em: <http://tedebc.ufma.br:8080/jspui/handle/tede/1513>. Acesso em: 07 jun. 2021.

COMIM, Flavio Vasconcellos. **Além da liberdade**: anotações críticas do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Publicação Independente, 2021. E-book.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, São Paulo, p. 01-21, 1997. Disponível em: www.iea.usp.br/artigos. Acesso em: 06 abr. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COOTER, Robert D. The confluence of justice and efficiency in economic analysis of law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles (coord.). **The origins of law and economics**: essays by the founding fathers. Massachusetts: Edward Elgar, 2005. p. 222-240

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

COPETTI, Alfredo; MORAIS, José Luis Bolzan de. O segundo movimento law and economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (estado de) direito

contemporâneo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2011, v. 3, n. 4, p. 56-76, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista-04>. Acesso em: 22 maio. 2019.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais da hermenêutica**. Tradução Carlos Lopes de Matos. São Paulo: São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973. Tradução de: Grundfragen der Hermeneutik.

CORNESCU, Adrian Vasile. The generations of human's rights. *In: Days of Law: the Conference Proceedings*, 1., 2009, TarguJiu. **Anais eletrônicos** [...]. Brno: Masaryk University, 2009. p. 01-07. Disponível em: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/tvorba_prava/Cornescu_Adrian_Vasile.pdf. Acesso em: 12 maio 2021.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/1512?mode=full>. Acesso em: 05 jun. 2020.

COSTA, Cláudio. **Filosofia da linguagem**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

COSTA, Leandro Sousa; CAMARGO, Leonardo Nunes. Notas sobre filosofia, linguagem e antropologia em investigações filosóficas de Ludwig Wittgenstein. **Diaphonía**, Toledo-PR, v. 2, n. 2, p. 100-108, 2016. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/diaphonia/article/view/15957/10852>. Acesso em 02 jun. 2020.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Protagonismo judicial**: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional. São Paulo: Leud, 2017.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos tribunais brasileiros e a análise econômica do direito. *In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Luciano. Nota sobre a natureza da globalização. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 4, n. 1, p. 21. 02 fev. 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643206>. Acesso em: 22 jun. 2019.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. E-book. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Jose Ricardo. Razões para um discurso jurídico transdisciplinar. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 26, p. 95-107, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/14196>. Acesso em: 20 ago. 2021.

DAGDEVIREN, Hulya; VAN DER HOEVEN, Rolph; WEEKS. Redistribution does matter: growth and redistribution for poverty reduction. **WIDER Working Paper Series DP2002-05**, World Institute for Development Economic Research (UNU-WIDER), 2002. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/dp2002-05.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

Dahl, Robert Alan. **A democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: Democracy and its critics.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. Tradução Benno Discchinger, São Leopoldo: Unisinos, 2002. Tradução de: Analitici e continentali: guida alla filosofia degli ultimi trent'anni.

D'AMIGO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para a compreensão da teoria de relações públicas**: uma análise da cooperação. 2008. Tese (Doutorado em Comunicação Social) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4348>. Acesso em: 25 fev. 2021.

DAVID, Raphaela Borges. **Entre a abordagem pragmática e o direito como integridade**: um estudo de caso a partir da Lei da Ficha Limpa. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUBD-9XQK7E>. Acesso em: 03 nov. 2020.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEWEY, John. **Reconstrução em filosofia**. 2. ed. Tradução Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1959. Tradução de: Reconstruction in Philosophy.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2016.

DÍAZ-SALAZAR, Rafael. **Desigualdades internacionales: justicia ya**. Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

DI MARCO, Luis Eugenio. El Humanismo económico como opción realista. **Aportes – Revista de la Facultad de Economía**, Puebla, a. XI, n. 33, p. 187-192, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.canaluned.com/resources/pdf/5/0/1286790737705.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídicopolítico. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, jun. 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29835/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 maio 2021.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de pareto. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-44.

DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: Justice in robes.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Taking Rights Seriously.

DWORKIN, Ronald Myles. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014. Tradução de: Law's Empire.

DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Tradução de: A Matter of Principle.

DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terras, 1999.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. *In*: BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 656-657.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

EPICURO. **Carta sobre a felicidade (a Meneceu)**. Tradução de Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Unesp, 1999. Tradução de: Lettera sulla felicità.

ESPIELL, Héctor Gros. El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana. **Boletim Mexicano de Direito Comparado**, Ciudad de México, n. 37. p. 41-60. 1980. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1458/1716>. Acesso em: 07 jul. 2021.

ESPÍNDOLA, Isabela Battistello; RISTER, Carla Abrantkoski; FERREIRA, Gustavo Assed. Apresentação. *In*: ESPÍNDOLA, Isabela Battistello; RISTER, Carla Abrantkoski; FERREIRA, Gustavo Assed (org.). **Novos direitos: direito e economia**. São Carlos: CPOI/UFSCar, 2018. p. 05-07.

ESTEFANÍA, Joaquín. **La nueva economía: la globalización**. Debolsillo: Barcelona. 2001.

ESTEFANÍA, Joaquín. Refundar o capitalismo (outra vez). **El País**, Brasil, 01 mar 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020/02/28/cultura/1582891433_869353.html. Acesso em: 31 jul. 2021.

ESTEVEVES, Heloisa Borges Bastos. **Economia e direito: um diálogo possível**. 2010. Tese (Doutorado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPGE/teses/2010/Heloisa%20Borges%20Esteves.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

EVANS, Peter. Collective capabilities, culture, and Amartya Sen's development as freedom. **Studies in Comparative International Development**, New York, v. 37, n. 2, p. 54-60, 2002. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/220629289>. Acesso em: 08 jun. 2021.

FACHIN, Melina Girard. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição brasileira e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 179-198.

FACHIN, Melina Girard. **Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6099>. Acesso em: 30 maio 2021.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-

estar. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1905>. Acesso em: 20 ago. 2021.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. Tradução Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de: La filosofia del diritto contemporânea.

FARIA, José Eduardo. Ideologia e função do modelo liberal de direito e Estado. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 14, p. 82-92, jun. 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n14/a08n14.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/7SxL3ZVmwBGPnsgbRRM3FmQ/?lang=pt>. Acesso em: 01 out. 2021

FARIA, José Eduardo. Juristas fora da curva: três perfis. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 272-310, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Zs365H4VQjbmRRwnGXjFSGq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 01 out. 2021.

FARINA, Elizabeth M.M.Q. Prefácio. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 16-18.

FEITOSA, Heloisa de Carvalho. O juiz como sistema: as decisões judiciais como processos de simplificação da complexidade à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 221-235. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=140>. Acesso em: 29 set. 2021.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. **O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8808. Acesso em: 23 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 15. p. 113-136, julio-diciembre 2006. Disponível em:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7599>. Acesso em: 18 set. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução Daniela Cademartori. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 31, n. 60, p. 29-73, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p29>. Acesso em: 08 abr. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo**. Bogotá: Universidad Libre, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Trota, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21>. Acesso em: 30 set. 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. 2. ed. Barueri: Manole, 2016.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Francisco H.G. Ferreira. **Inequality and economic performance: a brief overview to theories of growth and distribution**. Text for World Bank's Web Site on Inequality, Poverty, and Socio-economic Performance. Disponível em: <http://www.worldbank.org/poverty/inequal/index.htm>. Acesso em: 06 jul. 2021.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 3, p. 347-368, set./dez. 2013. Disponível em: <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 20 jul. 2021.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; SILVA, Marcos Alves da. A análise econômica do direito contratual e a função social do contrato. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 103-120, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1671/PDF>. Acesso em: 21 mar. 2021.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Tradução Carol Proner. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v. 23, n. 44, p. 09-29, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 06 abr. 2021.

FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. Tradução Paulo Alcoforado. 2.ed. ampl. e rev. São Paulo: Universidade de São Paulo-Edusp, 2009. Tradução de: Schriften zur Logik und Sprachphilosophie.

FREITAS, Juliana Rodrigues. Direito ao desenvolvimento à luz do sistema jurídico brasileiro. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (coord.). **Direito, políticas públicas e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2013. p. 173-190.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681?show=full>. Acesso em: 24 jul. 2019.

FREITAS, Kelery Dinarte Páscoa. Reflexões acerca da eficiência na visão da análise econômica do direito: aspectos conceituais e sua criticidade. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 5, p. 117-139, out. 2012. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/148>. Acesso em: 06 fev. 2021.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2013.

FREIRE, Alonso Reis. Odisseu ou Hércules? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito de Richard A. Posner. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas**, Serro, n. 3, p. 21-45, abr. 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1996>. Acesso em: 12 jan. 2021.

FRICK, Andres; KALLENBERGER, Werner; NOBS, Peter; REY, Romeo; RIST, Stephan; SOMMER, David; STOCKER, Christian; WICKLI, Johannes; ZBINDEN, Eric. Teses para a democratização da economia. Tradução Paul Gottfried Ledergerber. **Denknetz Debate**. Zürich, p. 01-11, jan. 2021. Disponível em: www.denknetz.ch. Acesso em: 08 ago. 2021.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS (FIPE). **Custo econômico das patentes que gozam do prazo do parágrafo único do artigo 40 da lei de propriedade industrial**: relatório preliminar. São Paulo: 2021. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2021/04/5506-RELATA-RIO-PRELIMINAR-MAR-21_rev.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FURTADO, Celso. **Em busca do novo modelo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GABRICH, Frederico de Andrade. Transdisciplinaridade no ensino jurídico. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 12., 2013, Curitiba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 372-387. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=137>. Acesso em: 13 ago. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Tradução de: *Warheit und Methode*. v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. 4. ed. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2009. Tradução de: *Warheit und Methode II*. v. 2.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. 8. ed. Tradução Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca: Sígueme, 1977. Tradução de: *Warheit und Methode*. v.1.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Dimensão social do processo, direito e desenvolvimento. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 48, jul./dez. 2012. Disponível em: apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/281/223. Acesso em: 12 jun. 2019.

GALLI, Marcelo. Juiz usa teoria dos jogos para restabelecer vínculo de servidor dos Correios. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/juiz-usa-teoria-jogos-restabelecer-vinculo-servidor>. Acesso em: 28 fev. 2021.

GAMBOA, Silvio Áncizar Sánchez. **Reações ao giro linguístico**: o resgate da ontologia ou do real, independente da consciência e da linguagem. Porto Alegre, RS: CBCE, 2009. Disponível em: <http://www.cbce.org.br/upload/file/gttemistemologia/REA%C3%87%C3%95ES%20A%20GIRO%20LINGU%C3%8DSTICO%20Silvio%20S%C3%A1nchez%20Gambo.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., 2009, São Paulo, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 914-943. Disponível em:

[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-S%C3%A3o+Paulo+\(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-S%C3%A3o+Paulo+(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf). Acesso em: 12 jan. 2021.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. Tradução de: The Consequences of Modernity.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. Tradução de: Modernity and self-identity: self and society in the late modern age.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: Edição do Autor, 2013. cap. 2. E-book (não paginado). Disponível em: https://www.academia.edu/8284389/Pdf_-_introducao_ao_realismo_juridico_norte_americano.v Acesso em: 03 jun. 2019.

GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.

GOMES, Camila Paula de Barros. Interligando direito e economia. **Revista Juris UniToledo**. Araçatuba, v. 01, n. 01, p. 21-37, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/10>. Acesso em: 23 set. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30386611.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

GONÇALVES, Jéssica. Análise econômica do direito: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1388-1411, 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 03 fev

GONÇALVES, Sandro Costa. **Economia circular**: análise e aplicabilidade nas organizações sob a perspectiva da teoria dos stakeholders. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, Universidade Brasil, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.universidadebrasil.edu.br/portal/_biblioteca/uploads/20200313211245.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

GRACIA, Tomás Ibáñez. O giro linguístico. *In*: IÑIGUEZ, Lupicínio (coord.). **Manual de análise do discurso em ciências sociais**. Tradução Vera Lucia Joscelyne.

Petrópolis: Vozes, 2004. Tradução de: *Análises del discurso: manual para las ciencias sociales*. p. 19-49.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinário alemão. Tradução Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 325-394.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução de: *Einführung in die philosophische Hermeneutik*.

GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno 'repensamento' epistemológico. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 40, p. 17, 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1731/1431>. Acesso em: 05 set. 2021.

GRUBBA, Leilane Serratine; MONTEIRO, Kimberly Farias. Realismo jurídico Norte-Americano e realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 293-312, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/8704/5217>. Acesso em: 14 jan. 2021.

GUASQUE, Bárbara. **Análise econômica do direito e as decisões judiciais**: o judiciário como uma variável econômica. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2018. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/88187/1/tese_barbara_guasque.pdf. Acesso em: 04 fev. 2021.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 137, p. 13-21, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/327>. Acesso em: 28 abr. 2021.

GUERRERA, Sérgio. **Teoria do direito no pós-positivismo**: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4092>. Acesso em: 14 maio 2020.

GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a análise econômica do direito no estado constitucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 2, p. 122-151, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista2/ResumoDiscussao.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 49. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 20

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Tradução de: Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. **Estudos Avançados**, v. 7, n. 3, p. 8, 1989. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528>. Acesso em: 20 jul. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. Tradução de: Nachmetaphysisches Denken, Philosophische Aufsätze.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução de: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratische Rechtsstaats. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudo de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Tradução de: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Tradução de: Wahrheit und Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze.

HABERMAS, Jürgen. **Zur Verfassung Europas Ein Essay**. Berlin: Suhrkamp, 2011.

HARVEY, David: **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17. ed. São Paulo: Loyola. 2008. Tradução de: The Condition of Posmodernity: an enquiry into the origins of cultural charge.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. Tradução de: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.

HAYEK, Friedrich A. Von. **Law, legislation and liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1973. v. I.

HECKTHEUER, Pedro Abib; LOURENÇO, Bruna Borges Moreira. A efetivação dos direitos sociais como instrumento para o desenvolvimento na Constituição brasileira. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 14, n. 2, p. 377-401, 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 17 jun. 2021.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2003. Tradução de: *Unterwegs zur Sprache*.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Parte I. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Tradução de: *Sein und Zeit*.

HEIDEGGER, Martin. **Seminário de Zollikon**: protocolos - diálogos - cartas. Tradução Gabriela Arnhold, Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2009. Tradução de Zollikon Seminare: Protokolle – Zwiegespräche – Briefe.

HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade**: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/168283>. Acesso em: 20 set. 2021.

HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 23., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: UFSC, 2014. p. 314-333. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207>. Acesso em: 20 jul. 2019.

HELLER, Herman. **Stato di diritto o dittatura?** e Altri scritti (1928-1933). Traduzione Ulderico Pomarici. Editoriale Scientifica: Napoli, 2017. Traduzione di: *Gesammelte Schriften*, 3 voll.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**: gênese dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabres, 1991. Tradução de: *Die normative Kraft der Verfassung*.

HESSEL, Stéphane; MORIN, Edgar. **El camino de la esperanza**: una llama a la movilización cívica. Traducción Rosa Alapont. Barcelona: Ediciones Destino, 2012. Traducción de: *Le chemin de l'espérance*.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 115-138.

HIRSCHMAN, Albert Otto. **A economia como ciência moral e política**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986. Tradução de: L'économie comme science morale et politique.

HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Nunes Cavalheiro; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Dworkin versus Cappelletti: qual o modelo de juiz adequado ao estado democrático de direito? **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 36, p. 90, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/2043>. Acesso em: 01 jun. 2019.

HUDLER, Daniel; BENACCHIO, Marcelo. Direito ao desenvolvimento: desafios econômicos, jurídicos e éticos nos tempos de coronavírus (Covid-19). **Revista Prim@ Facie**, João Pessoa, v.19, n. 42, p. 123-153, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2501/Prim%40%20Facie%2C%20n.%2042%2C%20v.%2019%2C%202020>. Acesso em: 05 jun. 2021.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Tradução João Paulo Monteiro. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. Tradução de: Homo Ludens: vom Unprung der Kultur im Spiel.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. Sobre pensamento e linguagem. Tradução e apresentação Antonio Ianni Segatto. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 32, n. 1, p. 193-198, 2009. Tradução de: Über Denken und Sprechen. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100012&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt#back1. Acesso: 14 mar. 2020.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: Inventing human rights: a history.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização. 9. ed.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Orçamento temático de acesso a medicamentos 2019**. Brasília: INESC, 2020. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/12/OTMED-2020.pdf>. Acesso: 28 set. 2021.

INWOOD, Michael. **Dicionário de Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. Tradução de: A Heidegger Dictionary.

IRIBARRY, Isac Nikos. Aproximações sobre a transdisciplinaridade: algumas linhas históricas, fundamentos e princípios aplicados ao trabalho de equipe. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 483-490, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/D4YgwJqvQh495Lgd6JGSHLz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso: 18 ago. 2021.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Milano: Laterza, 2004.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. Tradução Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2010. Tradução de: Linguistics and Communication.

JAMES, William. **Pragmatismo**. Tradução Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005. Tradução de: Pragmatism and other essays.

JANTSCH, Erich. Towards interdisciplinarity and transdisciplinarity in education and innovation. *In*: Apostel, L.; BERGER, G.; BRIGGS, A.; MICHAUD, G. (orgs). **Interdisciplinarity: problems of teaching and research in universities**. Paris: UNESCO/OCDE, 1972 p. 97-121.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Entre justiça e eficiência: sobre a interação entre direito e economia. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Temas em direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 25-44.

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

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Revista Quaestio Iuris**, v.07, n. 02, p. 509-532, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/890>. Acesso: 11 out. 2020.

KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. **Revista de Economia Política**, v. 31, n. 3, p. 352-369, jul./set. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/zGZt8KxdRrY5NkphjHrZckb/?lang=pt&format=pdf>. Acesso: 07 jul. 2021.

KEYNES, Maynard. **The general theory of employment, interest, and money**. London: Macmillan, 1936.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: Reine Rechtslehre.

KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico. Tradução Sheila Stolz. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 15-24

KINOUCI, Renato Rodrigues. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 215-226, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v5n2/a04v5n2.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017. Tradução de: The Structure of Scientific Revolutions.

KUNANAYAKAM, Tamara. The declaration on the right to development in the context of United Nations standard-setting. *In: Realizing the right to development: essays in commemoration of 25 years of the United Nations Declaration on the Right to Development* (org.). New York and Geneva: United Nations, 2013. E-book. p. 17-48. Disponível em:

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RightDevelopmentInteractive_EN.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

KÜNG, Hans. **Una ética mundial para la economía y la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KUNZ, Sidelmar Alves da Silva; ARAÚJO, Gilvan Charles Cerqueira de; VITORIANO, Helciclever Barros da Silva. A concepção de desenvolvimento humano como liberdade: diálogos com o espaço geográfico. **Revista Eletrônica Geoaraguaia**, Barra do Garças, v. 4, n.2, p. 179-203, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.cua.ufmt.br/geoaraguaia/index.php/geo/article/view/93>. Acesso em: 08 jun. 2021.

LAENDER, Gabriel Boavista. **O papel do Estado na construção da economia e a possibilidade do direito como imaginação institucional**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/15997>. Acesso em: 24 set. 2021.

LA ECONOMÍA al servicio del hombre. **El Santafesino**, Santa Fé, 05 ago. 2021. Disponível em: <https://elsantafesino.com/la-economia-al-servicio-del-hombre/>. Acesso em: 05 ago. 2021. Não paginado.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 55-65, 1997. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/692>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LAFER, Celso. Prefácio. *In: Piovesan, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional*: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LARA, Mahila. **Ministério da Saúde investe R\$ 20 milhões em inovação na produção de fármacos e biofármacos**. *In: Ministério da Saúde*, Brasília, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-da-saude-investe-r-20-milhoes-em-inovacao-na-producao-de-farmacos-e-biofarmacos>. Acesso em: 28 set. 2021.

LEAL, Marcia da Luz. Resenha do livro “desenvolvimento como liberdade” de Amartya Sen. **Revista Orbis Latina**, Foz do Iguaçu, v. 11, n. 01, p. 165-171,

jan./jun. 2021. [Seção] Resenha. Resenha da obra de: SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/index.php/orbis>. Acesso em: 10 jun. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LEVINSON, Stephen Curtis. **Pragmática**. Tradução Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Pragmática.

LEMOS, Alan. **Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do direito**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

LIBÂNIO, José Carlos. **Do paradigma da consciência ao paradigma da linguagem**. p. 01-07, 2003. Disponível em: professor.pucgoias.edu.br. Acesso em: 12 maio 2020.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Análise jurídica da economia. **Revista de Direito Mercantil**, nova série, ano L, n. 159/160, p. 53-86, jul./dez. 2011. Disponível em: http://www.sergiomouraocorrealima.com/home.php?id_idioma=1&id_pagina=3. Acesso em: 02 jun. 2019.

LIMA, Lucas Gama. Globalização: uma nova fase do capitalismo? **Revista GeoNordeste**, São Cristóvão, a. 29, n. 1, p. 20-36, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/geonordeste/article/view/7196>. Acesso em: 22 jul. 2021.

LIMA, Aluísio Ferreira de. Hermenêutica da tradição ou crítica das ideologias? O debate entre Hans-Georg Gadamer & Jürgen Habermas. **Revista de Ensino, Educação e Ciências Humanas**, Londrina, v. 9, n.1, p. 55-62, jun. 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/52672>. Acesso em: 29 jun. 2020.

LIMANA, Claudia R. Roesler. A tipologia da interpretação em Emilio Betti. **Direito em debate**. Ijuí, n. 11, p. 07-46, jan./jun. 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.1998.11.%p>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional efetiva como garantia da concretização do direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

LIPOVETSKY, Gilles. O reino da hipercultura: cosmopolitismo e civilização ocidental. In: JUVIN, Hervé; LIPOVETSKY, Gilles. **A globalização ocidental: controvérsia sobre a cultura planetária**. Barueri: Manole, 2012. p. 01-67.

LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-117.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Tradução de: Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho.

LUBENOW, Jorge Adriano. Globalização econômica, desmonte do estado social e déficit político transnacional: uma análise crítica a partir de Jürgen Habermas. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 43, n. 2, p. 99-126, abr./jun., 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/XBz6fGKGfPKTVcj5Pm7yrds/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 jul. 2021.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. **As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva**. Caxias do Sul: Educs, 2017. E-book. Disponível em: <https://www.uces.br/site/midia/arquivos/ebook-razoas-crise.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009. Tradução de: La Condition Postmoderne.

LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea: uma análise a partir da proposta teórica neoconstitucionalista**. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2054>. Acesso em: 15 set. 2020.

MAIA, Thiago Onofre. Filosofia da linguagem: reflexão e sentido. **Basiliade – Revista de Filosofia**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 87-99, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fasbam.edu.br/pesquisa/periodicos/index.php/basiliade/article/view/30>. Acesso em: 28 jun. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin: teórico do direito. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP – teoria geral e filosofia do direito**, tomo I (recurso eletrônico), p. 01-25, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/ronald-dworkin---teorico-do-direito_58fc0dafa9466.pdf. Acesso em: 09 set. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção: Teoria e história do direito).

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de

uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp104843.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. *In*: BOUCKAERT, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Volume I – The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000. p. 65-117. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2.ed. Porto Alegre: Atlas, 2020. Tradução de: Analyse économique du droit.

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, ano 8, n. 32, p. 121-132, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/509>. Acesso em: 29 set. 2021.

MANKIWI, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2014.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. E-book (não paginado). Disponível em: <https://direito2a.files.wordpress.com/2018/03/iniciacao-a-historia-da-filosof-danilo-marcondes.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de linguagem**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. E-book. Disponível em: <https://asfiles.com/26f5d?pt=TW1OMGJtSTFXRllwUkdsQk1XZHdISEpqUW1kUFFUMDIPdThLV3Y1U2liREgwYThOTkpnV1c1OD0%3D>. Acesso em 02 jul. 2020.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, p. 544-565, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 02 set. 2020.

MARINHO, Raul. **Prática na teoria**: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 01 nov. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MATTIOLI, Maria Cristina. Positivismo lógico e suas implicações. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 9, p. 118-121, 1997. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/114756>. Acesso em: 21 jan. 2021.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. A capacitação para pesquisa em direito: uma análise transdisciplinar das disciplinas de metodologia da pesquisa jurídica, nos programas de pós-graduação em direito. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 22., 2013, Curitiba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 413-429. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=137f>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAYRIQUES, Danilo Alexandre; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Direito e globalização: análise econômica a partir da filosofia pragmática do direito de Richard Posner. **Caderno de Relações Internacionais**, Recife, v. 7, n. 12, p. 229-258, jan-jul. 2016. Disponível em: <http://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/173>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MEIREIS, Augusto. Que globalização para o direito? **Revista “Lusíada. Direito”**, Lisboa/Portugal, n. 16, p. 07-26, 2016. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/2517>. Acesso em: 14. ago. 2019.

MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 723-753, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/ambicao-do-ourico-um-701640549>. Acesso em: 18 out. 2020.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Lucerne: Springer, 2009.

MIGLIOLI, Jorge. Globalização: uma nova fase do capitalismo? **Crítica Marxista**, Campinas, a. 3, n. 3, p. 140-143, 1996. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/sumario.php?id_revista=3&numero_revista=3. Acesso em: 22 jul. 2021.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Tradução Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2007. Tradução de: Utilitarianism.

MINDA, Gary. The lawyer-economist at Chicago: Richard A. Posner and the economic analysis of law. **Ohio State Law Journal**, v. 39, n. 3, p. 439-475, 1978. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1811/65059>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MINDA, Gary. **Teoria postmoderne del diritto**. Roma: il Mulino, 2006.

MORAES, Maria Cândida. **O paradigma educacional emergente**. Campinas: Papirus, 2018.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. Tradução Nurimar M. Falci. São Paulo: Petrópolis, 2000. Tradução de: L'intelligence de la complexité.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. Tradução de: Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur.

MORIN, Edgar, Da necessidade de um pensamento complexo. Tradução Juremir Machado da Silva. *In*: MARTINS, Francisco Martins; SILVA, Juremir Machado da (org.). **Para navegar no século 21: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 3. ed. Porto Alegre: Salina/Edipucs, 2003. p. 13-36.

MORIN, Edgar; KERN, Anne-Brigitte. **Terra-pátria**. Tradução Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2003. Tradução de: Terre-Patrie.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. rev. e mod. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. Tradução de: Science avec Conscience.

MORIN, Edgar. **Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios**. Tradução Edgard de Assis Carvalho. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015. Tradução de: Introduction à la pensée complexe.

MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Traducción Núria Petit Fontseré. Madrid: Librería Artheme Fayard, 2011. Tradução de: La Voie.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. 22. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. Tradução de: La Tête Bien Faite - Repenser la réforme, réformer la pensée.

MOREIRA, Danielle de Andrade; LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira; MOREIRA, Izabel Freire. O princípio do poluidor-pagador na jurisprudência do STF e do STJ: uma análise crítica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 367-432, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/issue/view/54>. Acesso em: 28 mar. 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2014. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000014/0000142C.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999. Tradução de: Die juristische Methode im Staatsrecht.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? Tradução: Peter Naumann. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, p. 01-60, Ed. Especial, out. 2000. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=12. Acesso em: 08 ago. 2021.

NASCIMENTO, Edna Maria Magalhães do. Pragmatismo: uma filosofia da ação. **Redescrições** (Revista on line do GT de Pragmatismo e Filosofia Americana da Anpof), ano 3, n. 1, p. 42-57, 2011. Disponível em: http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano3_01/3_nascimento.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do precedente**: o cuidado da coerência e da integridade. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2019. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4679626/marcelo-elias-naschenweng.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

NEGRI, Fernanda De; KOELLER, Priscila. O declínio do investimento público em ciência e tecnologia: uma análise do orçamento do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações até o primeiro semestre de 2019. **Nota Técnica do Ipea**, Brasília, Diset – Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura, n. 48, p. 07-11, 2019.

NERES, Wilson André. **A globalização e a regulação da complexidade social por meio de sistemas jurídicos e suas redes sancionatórias**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3098?show=full>. Acesso em: 15 ago. 2020.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999.

NIGRO, Rachel Barros. **Desconstrução Linguagem Política**. 2007. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=11425@1>. Acesso em: 15 maio 2020.

NIGRO, Rachel Barros. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.34, p. 170-211, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/231>. Acesso em: 16 jun. 2020.

NÓBREGA, Mailson. A saída é consolidar o sistema capitalista. *In*: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (org.). **Sociedade e economia**: estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: Ipea, 2009. p. 169-182.

NUNES, Rizzatto, **Manual de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OBJETIVO do projeto. **Projeto de difusão de conhecimentos em direito, economia e justiça**. Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro. Disponível em: <https://dej.fgv.br/o-projeto>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ODON, Tiago Ivo. **Justiça como equilíbrio**: uma conversa entre filosofia do direito, economia & sociologia. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Bruno Fernandes de. A filosofia semântica tradicional: uma abordagem entre Frege e Russell. **Revista Alamedas**, Toledo, v. 3, n. 2, p. 01-14, 2015. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/alamedas/article/view/12793/9248>. Acesso em: 12 jun. 2020.

OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 33-41, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.04>. Acesso em: 03 ago. 2020.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguístico-pragmática e esboços de uma nova hermenêutica jurídica. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 228-243, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/issue/view/86>. Acesso em: 13 maio. 2020.

OLIVEIRA, Jeferson Sousa. BENACCHIO, Marcelo. Globalização e estado: considerações sobre a humanização do direito econômico. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 74-89, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/18026>. Acesso em: 14 jul. 2021.

OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. **Filosofia do direito e hermenêutica filosófica: do caráter hermenêutico da filosofia do direito**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho: una construcción teórica**. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 25 maio 2021.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SPALLER, Amanda Viega. O evoluer histórico dos direitos humanos nacionais e internacionais no direito constitucional francês. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p.19-43, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/issue/view/41/showToc>. Acesso em: 14 maio 2021.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Tradução de: Hermeneutics: interpretation theory in Schleienmacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031>. Acesso em: 17 jun. 2019.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e a autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica. **Vox forensis**, Espírito Santo do Pinhal, v. 1, n. 1, p. 199-213, jan./jun. 2008. Disponível em: http://www.unipinhal.edu.br/ojs/voxforensis/index.php/Vox_2007/article/view/12/34. Acesso em: 24 jul. 2020.

PEGORARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história**. Petrópolis: Vozes, 2006.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 3. ed. 2. reimp. Tradução José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005. Tradução de: The Collected papers.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. *In*: Congresso Nacional do

CONPEDI, 15., 2007, Manaus, **Anais Eletrônicos** [...], Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 6952-6973. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

PEPÊ, Albano Marcos Bastos; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Da disciplina à transdisciplinaridade pela transgressão Waratiana: uma releitura heideggeriana do ensino jurídico. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. p. 283-303, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2013v34n66p283>. Acesso em: 18 ago. 2021.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio de Janeiro, n. 77/78, p. 29, jan./mar. 1992.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A filosofia do direito em Jünger Habermas a partir da ação comunicativa. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 111-128, 2017. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/issue/view/572>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. *In*: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 275-290.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Logique Juridique.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos: (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta). **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Valência, n. 04. p. 47-66, 1987. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-concepto-y-concepcion-de-los-derechos-humanos-acotaciones-a-la-ponencia-de-francisco-laporta>. Acesso em: 07 abr. 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. El concepto de los derechos humanos y su problemática actual. **Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos**, Madrid, ano 01, n. 01, p. 179-196, 1993. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/revista/411/A/1993>. Acesso em: 08 abr. 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique de. **Dimensiones de la igualdad**. Madrid: Dykinson, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 163-193, jan./jun. 2013. Disponível em: www.ufsm.br/redesg. Acesso em: 14 maio 2021.

PÉREZ, José Luiz Rey. **El discurso de los derechos**: una introducción a los derechos humanos. Madrid: Universidad Comillas, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**: problemi del diritto civile. Napoli: Edizine Scientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. Tradução Carolina Tomasi e João Bosco Medeiros. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional**: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 01-09.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das nações unidas. *In*: AMARAL JUNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Claudia (org.). **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Edusp/Fapesp, 1999. p. 179-196.

PERROUX, François. **Ensaio sobre a filosofia do novo desenvolvimento**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 1981.

PESSOA, Enildo. **Humanização da economia**: caminho para nova ordem econômica. Campinas: Alínea, 2001.

PIERANO, Marisa Gomes e Souza. Etnocentrismo às avessas: o conceito de “sociedade complexa”. **Revista Dados**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 97-115, 1983. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1xTUHBUVS10pIO8or-NunQ-mM-m47fuXA/edit>. Acesso em: 12 ago. 2021.

PIES, Marcelo. Democracia como condição do desenvolvimento em Amartya Sen. *In*: Mostra de Iniciação Científica e Extensão Comunitária, 7., 2013, Mostra de Pesquisa de Pós Graduação IMED, 6., 2013, Passo Fundo. **Anais Eletrônicos [...]**. Passo Fundo: IMED, 2013. p. 01-08. Disponível em: [https://www.imed.edu.br/Uploads/marcelinopies\(%C3%A1rea3\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/marcelinopies(%C3%A1rea3).pdf). Acesso em: 11 jun. 2021.

PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. O elã globalizante das corporações transnacionais e o desemprego estrutural em um contexto transnacional. *In*: PIFFER, Carla; OLIVEIRA NETO, Francisco José R. de; LOCCHI, Maria Chiara (org.). **Direito, globalização e transnacionalidade**: tomo 04. Itajaí: UNIVALE, 2018. p. 89-102. E-book.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. Tradução de: Le capital au XXI^e siècle.

PIKETTY, Thomas. Uma visão prática de uma sociedade mais igualitária. *In*: ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade**: o que pode ser feito? Tradução Elisa Câmara. São Paulo: LeYa, 2015. Tradução de: Inequality: what can be done?

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/126/118>. Acesso em: 22 jan. 2021.

PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. São Paulo: Campus, 2005. E-book. Disponível em: <http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr251finaldraft.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Campus, 2005.

PINHO, Maria José de; MEDEIROS, Thalita Melo de Souza; RIBEIRO, Josivânia Sousa Costa. Complexidade e transdisciplinaridade: novos caminhos para a educação do século XXI. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v.5, n. 3, p. 281-291, 2018. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/636>. Acesso em: 17 ago. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 95-116.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIZZI, Jovino. **O mundo da vida**: Husserl e Habermas. Ijuí: Unijuí, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?** Disponível em: www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019. Não paginado.

POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Tradução Vera Ribeiro. Introdução Michele Cangiani, Organização Kari Polanyi Levit. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

PONT, Juarez Varallo. Estado, política e economia: o antes, o agora e o pós-covid 19. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba,

v. 10, n. 93, p. 103-120, out. 2020. Disponível em:
<https://hdl.handle.net/20.500.12178/180197>. Acesso em: 31 jun. 2021.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

PORTO, Antônio Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV. 2019. E-book (não paginado). Edição do Kindle.

POSNER, Eric. Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. Tradução José Rodrigo Rodrigues. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 235-278.

POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual**: sucesso ou fracasso? Tradução Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010. Tradução de: Economic analysis of contract law after three decades: success or failure?

POSNER, Richard Allen. **A Theory of negligence**. Chicago, Illinois: Journal of Legal Studies, 1972. p. 29-96.

POSNER, Richard Allen. The economic approach to law. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, p. 757-782, 1975.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Problems of Philosophy of the Right.

POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Traducción Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Tradução de: Economic Analysis of Law.

POSNER, Richard Allen. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Tradução de: Law, Pragmatism, and Democracy.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: The economy of justice.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Tradução de: Frontiers of legal theory.

POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Tradução de: The Problematics of Moral and Legal Theory.

POSNER, Richard Allen. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, University of Chicago Law School, v. 100. n. 3. p. 519-556, June 2012. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2815&context=journal_articles. Acesso em: 07 nov. 2020.

QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Direito e economia: interdisciplinaridade no ensino jurídico brasileiro. In: PETRY, Alexandre Torres; MIGLIAVACCA, Carolina; OSÓRIO, Fernanda; DANILEVICZ, Igor; FUHRMANN, Italo Roberto (org.). **Ensino jurídico no Brasil: 190 anos de história e desafios**. Porto Alegre: OAB/RS, 2017. p. 193-223.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de: A theory of justice.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. Notas sobre globalização. **Reale Advogados Associados**, São Paulo, maio/2005. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/notasglob.htm>. Acesso em: 24 jul. 2021.

RENDEIRO, Carla Blanco. Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do direito. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 111-121.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves. **O direito ao desenvolvimento e sua recepção pelo ordenamento jurídico interno como direitos humanos**: uma abordagem a partir da teoria econômica humanista e da universalização do direito. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15279. Acesso em: 17 maio. 2019.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

RICOEUR, Paul. **Del texto a la acción**: ensayos de hermenéutica II. Traducción Pablo Corona. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. Tradução de Du texte à l'action. Essais d' Herméneutique II.

RIOS, Terezinha Azerêdo. **Compreender e ensinar**: por uma docência da melhor qualidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROBERTO, Ana Carla Junqueira Meirelles. **Teoria da complexidade**: uma contribuição para o serviço social. 2008. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/17918>. Acesso em: 16 ago. 2021.

ROCHA, Ozenildo Santos Xavier da. Economia e humanização: desafios éticos atuais. **Revista Davar Polissêmica**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 01-16, 2016. Disponível em: <http://periodicos.redebatista.edu.br/index.php/DP/article/view/4/6>. Acesso em: 05 ago. 2021.

ROCHA, Silvia Pimenta Velloso. Ontologia do real e ética da afirmação em Clément Rosset. **Revista Trágica**: estudos de filosofia da imanência, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 10-17, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/tragica/article/view/27302>. Acesso em: 13 mar. 2020.

ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma. **O nível de proteção da propriedade intelectual definido pelo acordo TRIPS/OMC e o direito ao desenvolvimento**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13182>. Acesso em: 01 jun. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

RODRIGUES, Vasco, **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

RODRIGUEZ, Marco Antonio Vasquez. **A motivação das decisões judiciais sob o aspecto do raciocínio lógico-semântico de construção da norma jurídica**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2015. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1479/disserta%c3%a7%c3%a3o_Marco%20Antonio%20Vasquez.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 ago. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. O giro econômico do direito ou novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do direito democrático no século XXI. *In*: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **O direito e o futuro**: o futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p. 223-234.

ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics* a exceção econômica do direito. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso (coord.). **Diálogos com a Law and Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 05-144.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-28112008-102625/en.php#:~:text=A%20hip%C3%B3tese%20testada%20ainda%20inclui,riqueza%20ou%20bem%20Destar%20sociais>. Acesso em: 01 fev. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SACHS, Jeffrey David. **O fim da pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia de letras, 2005. Tradução de: *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*.

SACHS, Jeffrey David. **A Riqueza de todos**: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. Tradução de: *Common Wealth: Economics for a Crowded Planet*.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita – EVG, 2017. E-book. Disponível em: <http://editoravirtualgratuita.com.br/publicacoes/estudos-em-direito-e-economia/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 09-57.

SALAMA, Bruno Meyerhof; FOSS, Maria Carolina; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Notas de Rodapé. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 435-483, 2012. Disponível em: <http://blook.pt/publications/publication/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 14 fev. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é 'direito e economia'? **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, Salvados, n. 160, p. 01-17, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>. Acesso em: 03 fev. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, Estudo 22, n. 2, v. 5, março de 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2811>. Acesso em: 01 mar. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. *In*: Posner, Eric. **Análise econômica do direito contratual**: sucesso ou fracasso? Tradução Luciana Benetti Timm, Cristiano

Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010. Tradução de: Economic analysis of contract law after three decades: success or failure? p. 09-12.

SALES, Marlon Roberth de. O paradigma da linguagem como novo marco teórico para a interpretação jurídica. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 23., 2014, Paraíba, **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 162-192. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/ficha/238.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. El derecho al desarrollo como derecho de la persona humana. **Revista Española de Derecho Internacional**, Madrid, v. 25, n.1/4, p. 119-125, 1972. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44294601?seq=1>. Acesso em: 31 maio 2021.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV. 2019. E-book (não paginado). Edição do Kindle.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de: Justice.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

SANTAELLA, Lúcia. As três categorias peirceanas e os três registos lacanianos: correspondências. **Revista Cruzeiro Semiótico**, n. 4, p. 25-29, jan. 1986. Disponível em: <http://felsemiotica.com/descargas/cruzeirosemiotico4.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SANTAELLA, Lúcia. **A teoria geral dos signos**: semiose e autogeração. São Paulo: Ática, 1995.

SANTAGATI, Claudio Jesús. **Manual de derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2009.

SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal. O direito ao desenvolvimento e a livre iniciativa: confluência a partir da liberdade. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 26., 2017, São Luís. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 05-22. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/y800859o/r1Mz255j5RRzg3Rd.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; CECATO, Maria Aurea Baroni. Instrumentalidade do direito ao desenvolvimento para a concretização do desenvolvimento humano: pilares da igualdade e da liberdade. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 99-119, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/4145>. Acesso em: 29 jun. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Prefácio à edição brasileira. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 11-20.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Daniele Martins dos. Pragmatismo jurídico e a nova configuração do ato de julgar. *In: Scientiarum Historia: filosofia, ciências e artes: conexões interdisciplinares*, 7., 2014, Rio de Janeiro. **Anais Eletrônicos** [...]. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: CCMN/UFRJ, 2014. Disponível em: <http://www.hcte.ufrj.br/downloads/sh/sh7/SH/trabalhos.html>. Acesso em: 1 ago. 2019.

SANTOS, Fábio Pádua dos. Direito e economia: relações, importância e sugestões para pesquisa. *In: YOUNG, Victor Augusto Ferraz; SILVA, Ulisses Rubio Urbano da; ALVES, Vítor Lopes de Souza. Sobre economia e sobre muitas coisas – Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas*, Campinas, Não paginado, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/sobreeconomia/2021/03/30/direito-e-economia-relacoes-importancia-e-sugestoes-para-pesquisa/#sdendnote4sym>. Acesso em: 03 set. 2021.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015. Disponível em: http://www.ontopsicologia.org.br/_arquivos/152.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

SANTOS, Daniela dos; PELLEZ, Mayara. Reflexões sobre o papel do poder judiciário brasileiro na efetivação dos direitos fundamentais sociais. *In: Encontro Nacional do CONPEDI*, 23., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 422-442. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=211>. Acesso em: 18 set. 2021.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 210-226, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6040>. Acesso em: 12 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. p. 19-34, jan./mai. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47301/45682>. Acesso em: 21 jun. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyane Alves; BARRETO; Larissa Santana. **Uma introdução a teoria dos jogos**. II Bienal da Sociedade Brasileira de Matemática da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 01-64, 2004. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito humano e sua proteção internacional e constitucional. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 170-189, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307>. Acesso em: 24 maio 2021.

SAÚDE perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016. *In*: Conselho Nacional de Saúde, Brasília, 28 fev. 2020. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>. Acesso em: 28 set. 2021.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27. ed. Tradução Antônio Chelani, José Paulo Paes e Izidoro Bilkstein. São Paulo: Cultrix, 2006. Tradução de: Cours de linguistique générale.

SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David Max. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David Max. (org.). **Direito e desenvolvimento**: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

SCHULZE, Clenio Jair. Análise econômica do direito penal e do processo penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Não paginado. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Clenio_Schulze.html. Acesso em: 26 mar. 2021.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Tradução de: Theorie der wirtschaftlichen entwicklung.

SCHURIG, Alessandra Cavalcante Scherma. A filosofia não analítica da linguagem, a virada linguística e a virada pragmática. **PERIAGOGE – UCD**, Brasília, v. 2, n. 1. p. 49-71, 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/periagoge/article/view/10426>. Acesso em: 18 mar. 2020.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SEARLE, John Rogers. O que é linguagem: algumas observações preliminares. *In*: TSOHATZIDIS, Tavas L. (org.). **A filosofia da linguagem de John Searle**: força, significação e mente. Tradução Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2012. Tradução de: John Searle's Philosophy of Language: Force, Meaning, and Mind. p. 17-51.

SEIDEL, Verônica Franciele; SILVA, Charlies Uilian de Campos Silva. O signo e seus conceitos: de Saussure a Bakhtin/Volochínov. **Revista Tabuleiro de Letras – PPGEL**, Salvador, v. 11, n. 2, p. 179-192, dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/tabuleirodeletras/article/view/4113/2746>. Acesso em: 29 mar. 2020.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Record, 2001. Tradução de: Inequality reexamined.

SEN, Amartya Kumar. Prefácio. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Tradução de: On ethics & economics.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. 6. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Development as freedom.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de: Primero la gente: una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado.

SENGUPTA, Arjun Kumar. Conceptualizing the right to development for the twenty-first century. *In*: **Realizing the right to development**: essays in commemoration of 25 years of the united nations declaration on the right to development (org.). New York and Geneva: United Nations, 2013. E-book. p. 67-87. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RightDevelopmentInteractive_EN.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

SENHORAS, Cândida Alzira Bentes de Magalhães; SENHORAS, Elói Martins. Desenvolvimento como liberdade e as duas décadas de Amartya Sen como Prêmio Nobel. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 18, p. 123-132, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista19/desenvolvimentoCandidaElói.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à redução da justiça à eficiência**: da justiça plutocrática à justiça focada em realizações. 2013. Tese (Doutorado em Direito do

Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31658>. Acesso em: 07 set. 2021.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Jürgen Habermas: uma teoria da comunicação humana. **LOGEION – Filosofia da informação**, Rio de Janeiro, v. 5, Edição Especial, p. 08-26, 2018. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4497>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SILVA, Diego Sabóia e. **A dicotomia doutrinária entre Richard Posner e Ronald Dworkin quanto à Análise Econômica do Direito**: a reciprocidade jurídico-econômica. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/94928187.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2021.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luciano Filizola da. Entre a lei e a vontade: algumas reflexões sobre discricionariedade e decisão jurídica. *In*: MENDES, Angela Dias (org.). **Crítica hermenêutica do direito**: as sementes de hoje e os frutos do amanhã – uma homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Blumenau: Dom Modesto, 2020. p. 177-189.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Marco Aurélio Souza da; GONÇALVES, Everton das Neves. Direito e economia na consecução de políticas públicas para saúde no Brasil: a public choice no orçamento, na judicialização e no ativismo judicial. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 17-39, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadddsus/article/view/2233/pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS (SINDUSFARMA). **Perfil da indústria farmacêutica e aspectos relevantes do setor**. São Paulo: Sindusfarma, 2020. Disponível em: https://sindusfarma.org.br/uploads/Publicacoes/Perfil_IF2020_PORT.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos: liberdades públicas e cidadania**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SIMON, Henrique Smidt. **Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Tradução de: An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10500>. Acesso em: 18 set. 2020.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 463-489.

SOMMERMAN, Américo. **A interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade como novas formas de conhecimento para a articulação de saberes no contexto da ciência e do conhecimento em geral: contribuição para os campos da educação, da saúde e do meio ambiente**. 2012. Tese (Doutorado em Difusão do Conhecimento) – Programa Multi-institucional e Multidisciplinar em Difusão do Conhecimento, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/22497/1/UFBA%20-%20DOUTORADO%20AM%C3%89RICO%20SOMMERMAN%20-%20Vol.%20I.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

SOUSA, Livia Maria de. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 9, n. 32/33, p. 71-102, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-32-33-janeiro-dezembro-2010/o-direito-humano-ao-desenvolvimento-como-mecanismo-de-reducao-da-pobreza-em-regioes-com-excepcional-patrimonio-cultural>. Acesso em: 20 maio 2021.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. Direito ao desenvolvimento como direito humano: implicações decorrentes desta identificação. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 422-443, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1956>. Acesso em: 25 maio 2021.

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Hermenêutica e o espelho da realidade: um olhar para o constitucionalismo latino-americano e o bem-viver. *In*: VÉRAS NETTO, Francisco Quintanilha; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; STOLZ; Sheila (org.). **Hermenêutica, sociedade e natureza**: análise crítica dos paradigmas (pós) modernos. Rio Grande: FURG, 2015. p. 65-117. E-book. Disponível em: https://direito.furg.br/images/Arquivos_Gerais_FADIR/LIVROS_PUBLICADOS/VOLU ME-04.pdf. Acesso em: 04 set. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2478?show=full>. Acesso em: 28 set. 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Direito global: humanismo e direitos humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (org.). **Diálogos ambiental, constitucional e internacional**. Lisboa: Alameda da Universidade, 2016. v. 4. p. 245-267. E-book.

STEGER, Manfred B. **Globalization**: a very short introduction. Oxford University Press, 2003.

STIGLER, George J. Law or economics? **The Journal of Law and Economics**, v. 35, n. 2, p. 462, Oct. 1992.

STRAKE, Sílvia Cristina Salvan. **A história no pensamento heideggeriano de ser e tempo**. 2006. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/11737>. Acesso em: 07 jun. 2020.

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

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/85>. Acesso em: 07 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/67/63>. Acesso em: 15.out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **ÂNIMA – Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet**, Curitiba, n. 1. p. 01-31, 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 02, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>. Acesso em: 01 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistema sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2016. p. 97-104.

STÜRMEER, Júlio César Maggio. **Processo democrático**: uma análise do processo como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas a partir da crítica hermenêutica do direito. 2017. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6881>. Acesso em: 19 out. 2020.

SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 80-87.

TAWFEIQ, Reshad. **Direito ao desenvolvimento e agronegócio**: a inconstitucionalidade do modelo agrário brasileiro. 2019. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2019. Disponível em: <https://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/3001>. Acesso em: 22 maio 2021.

TARUFFO, Michele. **Idee per una teoria della decisione giusta**. Disponível em: <http://www.notiziariogiuridico.it/micheletaruffo.html>. Acesso em: 01 nov. 2020

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Bárbara Costa. **A empresa-instituição**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-07122010-133735/pt-br.php>. Acesso em: 05 set. 2021.

TEIXEIRA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 30 jul. 2019.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 181-222, dez. 2014. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>. Acesso em: 12 jan. 2021.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158-179.

TORRES, Ricardo Lobo. Prefácio. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Patrícia Lupion; BEHENS, Marilda Aparecida. Complexidade, transdisciplinaridade e produção do conhecimento. *In*: Torres, Patrícia Lupion (org.). **Complexidade**: redes e conexões na produção do conhecimento. Curitiba: SENAR, 2014. p. 15-25.

TORRANO, Bruno, **Pragmatismo no direito e a urgência de um ‘pós-positivismo’ no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TREVISOL, Marcio Giusti; FÁVERO, Altair Alberto. A mudança das categorias de espaço e tempo nas sociedades complexas e suas implicações no processo formativo na educação superior. **Revista Internacional de Educação Superior**,

Campinas, v. 4, n. 3, p. 648-663, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/riesup/article/view/8652319>. Acesso em 14 ago. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. v. 2.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09/6434>. Acesso em: 12 jul. 2020.

TRUBEK, David Max. A coruja e o gatinho: há futuro para o “direito e desenvolvimento”? *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro – textos selecionados de David M. Trubek**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 217-225.

TUROCY, Theodore L.; STENGEL, Bernhard Von. **Game theory**. CDAM Research Report LSE-CDAM-2001-09, p. 04-39, out. 2001. Disponível em: <https://pdf4pro.com/view/game-theory-london-school-of-economics-3d0568.html>. Acesso em: 24 fev. 2021.

UMA ECONOMIA para os 99%: chegou a hora de promovermos uma economia humana que beneficie a todos, não apenas a uns poucos privilegiados. *In*: **Documento Informativo da Oxfam**, São Paulo, p. 01-53, janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.oxfam.org.br>. Acesso em: 12 ago. 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Economia do conhecimento**. Tradução Roberto Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. Tradução de: The knowledge economy.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. Herbert L. A. Hart e a linguagem do direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 01-21, ago./dez. 2008. Disponível em: http://www.academia.edu/1502816/Herbert_L._A._Hart_e_a_linguagem_do_direito. Acesso em: 23 jul. 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia: micro e macro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VÁSQUEZ, Eduardo Valencia. Principios de economía humanista. **Economía y Sociedad**, Heredia, v. 11, n. 29, p. 5 -26, jan./jun. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/economia/issue/view/99>. Acesso em: 03 ago. 2021.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O protagonismo judicial e a ilegitimidade democrática da judicialização da política**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Mestrado em Ciência Política da Universidade Federal do Pará, Belém, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/handle/2011/4991>. Acesso em: 19 set. 2020.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes**, Canoas, v. 5, n. 1, p. 103-132, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

VIEIRA, Osmar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. Constituição e desenvolvimento. *In*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46-58.

VIEIRA, Carolina Sena. **A norma antissimulação fiscal do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional: uma construção sintática, semântica e pragmática**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/176760>. Acesso em: 18 maio 2020.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2019. Tradução de: *Le droit et les droits de l'homme*.

VITA, Juan Alvarez. **Derecho al desarrollo**. Lima: Instituto Peruano de Derechos Humanos – Instituto InterAmericano de Derechos Humanos/Cultural Cuzco, 1988.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. Tradução de: *On Pragmatism*.

WALKER, Priscila Benelli. A construção do direito ao desenvolvimento e sua aplicação mediante as políticas públicas de sustentabilidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 159-190, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1227>. Acesso em: 29 jan. 2021

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Tradução de: *Die protestantische ethik und der “geist” des kapitalismus*.

WEISZFLOG, Walter (ed.). **Michaelis**: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Tradução de: *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução direta do alemão de C. K. Ogden. New York: Harcourt, Brace & Company, Inc., 2010. p. 25. Tradução do original alemão. E-book. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/5740/5740-pdf.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

WIVIURKA, Eduardo Seino. A transdisciplinarização do direito. *In*: Encontro Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais Eletrônicos** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 5099-5128. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista (lei nº 13.467/2017). **Revista Estudos Institucionais – Journal of Institutional Studies**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 892-921, 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227/157>. Acesso em: 29 jan. 2021.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia**: diálogos. Rio de Janeiro: FGV. 2019. *E-book* (não paginado). Edição do Kindle.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAMBAM, Neuro José. Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas. Itajaí, 2013. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Orlando%20Luiz%20Zanon%20Junior.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Positivismo jurídico 2: crítica às características centrais. **Direito e Democracia**, Canoas, v.13, n.1, p. 21-46, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2631>. Acesso em: 29 ago. 2020.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Pós-positivismo: a versão pragmática de Posner. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 141-170, set./dez. 2013.

Disponível em:

www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/567. Acesso em: 5 jun. 2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 19-30.