

## AUTOR

Bruno Calife

# Análise Econômica do Direito

e a Objetivação  
do Exercício  
do Poder Político  
Pelo Judiciário



**AUTOR**

Bruno Calife

# Análise Econômica do Direito

e a Objetivação  
do Exercício  
do Poder Político  
Pelo Judiciário



**Reitora**

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

**Vice-Reitor**

Albert Schiaveto de Souza

**Obra aprovada pelo**

CONSELHO EDITORIAL DA UFMS  
RESOLUÇÃO N° 327-COED/AGECOM/UFMS.  
DE 23 DE JANEIRO DE 2026

**Conselho Editorial**

Rose Mara Pinheiro (presidente)  
Adriane Angélica Farias Santos Lopes de Queiroz  
Alleisa Ferreira Riquelme  
Andrés Batista Cheung  
Cid Naudi Silva Campos  
Elizabete Aparecida Marques  
Fabio Oliveira Roque  
Maria Lígia Rodrigues Macedo  
Ronaldo José Moraca  
William Teixeira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Diretoria de Bibliotecas – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Calife, Bruno.

Análise econômica do Direito [recurso eletrônico] : e a objetivação do exercício do poder político pelo judiciário / Bruno Calife. – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2025.

PDF (165 p.) : il.

Dados de acesso: <https://repositorio.ufms.br>

Bibliografia: p. 157-164.

ISBN 978-85-7613-738-2

1. Direito – Estudo e ensino. 2. Direito – Metodologia. 3. Tribunais constitucionais. 4. Poder judiciário e questões políticas. 5. Direito e economia. 6. Law and economics. I. Santos, Bruno Calife dos. II. Título.

CDD (23) 340.07

---

Bibliotecária responsável: Tânia Regina de Brito – CRB1/ 2.395

AUTOR  
**Bruno Calife**

# **ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A OBJETIVADA DO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO PELO JUDICIÁRIO**

Campo Grande - MS  
2025



© do autor:

BRUNO CALIFFE

1ª edição: 2025

**Preparação do texto**

Secretaria da Editora UFMS

**Projeto Gráfico, Editoração Eletrônica**

Zimmermann Comunicação e Marketing

**Revisão**

A revisão linguística e ortográfica  
é de responsabilidade dos autores

A grafia desta obra foi atualizada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, de 1990, que entrou em vigor no Brasil em 1º de janeiro de 2009.

**Direitos exclusivos para esta edição**



**Secretaria da Editora UFMS - SEDIT/AGECOM/UFMS**

Av. Costa e Silva, s/nº - Bairro Universitário  
Campo Grande - MS, 79070-900  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Fone: (67) 3345-7203  
e-mail: [sedit.agecom@ufms.br](mailto:sedit.agecom@ufms.br)

**Editora associada à**



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias

**ISBN:** 978-85-7613-738-2

**Versão digital:** maio de 2025

Obra contemplada no Edital AGECOM nº 03/2024

Seleção de propostas de materiais de divulgação técnico-científica para publicação pela Editora UFMS - Fluxo Contínuo.



Este livro está sob a licença Creative Commons, que segue o princípio do acesso público à informação. O livro pode ser compartilhado desde que atribuídos os devidos créditos de autoria. Não é permitida nenhuma forma de alteração ou a sua utilização para fins comerciais. [br.creativecommons.org](http://creativecommons.org)

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	07
<b>1. EVOLUÇÃO E CONTEXTO .....</b>	15
<b>1.1 UMA APROXIMAÇÃO SOBRE O MOVIMENTO     CONSTITUCIONALISTA BRASILEIRO.....</b>	16
<b>1.1.1 O STF E SUAS TENSÕES INSTITUCIONAIS .....</b>	21
<b>1.1.2 A “CONTRARREVOLUÇÃO” E SEU IMPACTO         INSTITUCIONAL .....</b>	28
<b>1.1.3 ATIVISMO JUDICIAL EM EVOLUÇÃO .....</b>	32
<b>1.2 A CLÁSSICA TRIPARTIÇÃO DE PODERES AINDA É     CAPAZ DE EXPLICAR UM CONTEXTO INSTITUCIONAL DE     ATIVISMO JUDICIAL?.....</b>	36
<b>2. APURAÇÃO CRÍTICA SOBRE O PROTAGONISMO     JUDICIÁRIO .....</b>	41
<b>2.1 SOBRE AS CLÁSSICAS NOÇÕES DE “CONCEITO     JURÍDICO INDETERMINADO”, “POLÍTICAS PÚBLICAS” E     “RESERVA DO POSSÍVEL” .....</b>	43
<b>2.2 A EPÍTOME DA AÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO .....</b>	49
<b>2.3 COMMON LAW À BRASILEIRA .....</b>	56
<b>3. HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIA DA DECISÃO     JUDICIAL .....</b>	63
<b>3.1 A CAIXA DE PANDORA: A COMPREENSÃO DO STF     ACERCA DO MANDADO DE INJUNÇÃO .....</b>	65

3.2 “MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL” EM PERSPECTIVA.....	70
3.3 “MORALISMO JURÍDICO” E NOVA HERMENÊUTICA?...	77
3.4 PROBLEMAS “INSOLÚVEIS”: A PROPÓSITO DOS HARD CASES .....	82
3.5 POR QUE NÃO JUSTIFICAR OS MÉTODOS DE TOMADA DE DECISÃO?.....	85
<b>4. AJUSTANDO O FOCO PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....</b>	<b>89</b>
4.1 ENTRE O SUBJETIVISMO E O OBJETIVISMO.....	89
4.2 O PRAGMATISMO POSNERIANO .....	92
<b>5. “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO” E OBJETIVIDADE .....</b>	<b>99</b>
5.1 OS INSTRUMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	100
5.2 AED E CRITÉRIO HERMENÊUTICO DE TOMADA DE DECISÃO .....	109
5.3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO CASE A PARTIR DA AED COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO: INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS .....	119
5.3.1 ANÁLISE E CRÍTICA ACERCA DOS COMPONENTES DO ACÓRDÃO DA ADPF NO 132-RJ E ADI 4.277-DF .....	121
5.3.2 REVISANDO O CASO SOB O VIÉS HERMENÊUTICO DA AED.....	136
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>148</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>157</b>

## INTRODUÇÃO

A diagramação estatal moderna, fundada na tripartição das funções políticas independentes e harmônicas entre si, persiste como dogma da estruturação do poder, muito embora não se amolde mais à realidade na qual se manifesta a tensão entre suas entidades representativas.

Pouco restou do postulado trinitário dos *checks and balances*. acaso não se consulte o contexto mais atual do exercício da atividade jurisdicional inserida no âmbito das relações com aquelas de caráter administrativo e, principalmente, a de cunho legislativo.

Apesar da relutância em abandonar os esquemas tradicionais, os fatos têm demonstrado, atualmente, que a Jurisdição constitucional atribui a si a condução dos destinos da nação, espelhando-se na velha imagem de *Delacroix*. Se, antes, a Liberdade guiava o povo com os seios nus, hoje essa tutela recai de maneira esperançosa sobre a magistratura e, no caso brasileiro, agudamente nos ombros do Supremo Tribunal Federal, onde o farrapo cede lugar à toga.

As causas são variadas: (i) fala-se em crise de representatividade parlamentar; (ii) cita-se a heterogeneidade social e a necessidade de defesa das minorias, o que só é possível em um esquema institucional que admita um poder contramajoritário; (iii) aponta-se o surgimento de uma doutrina constitucional renovada, de caráter mais principiológico e acessada justamente pelos “guardiões da constituição”; (iv) distingue-se o papel das cortes constitucionais e o controle de constitucionalidade ante a clássica concepção de jurisdição, uma vez que o Judiciário também seria um poder político tal quais os demais; (v) propaga-se uma renovada hermenêutica jurídica, haurida precisamente a partir do exercício desta função, distinta dos critérios clássicos do silogismo à letra da lei; (vi), decreta-se, no campo filosófico, a morte do formalismo

representado pela crise do juspositivismo e a encampação dos fins a que se devem submeter os meios; (vii) atesta-se uma necessária aproximação entre Direito e Moral, corporificada no antagonismo entre aquilo que é legal e o que é legítimo, ultrapassando o conflito entre um jusnaturalismo libertador e um positivismo jurídico autoritário; (viii) invoca-se a história, chamada a pagar contributo ao fornecer o contexto do pós-segunda guerra mundial como inspiração à reformulação dos padrões de atuação de agentes estatais—circunstância está cumprida exemplarmente, e não à toa, por tribunais constitucionais, por meio do controle concentrado de constitucionalidade de matriz kelseniana.

Seria no mínimo leviano pretender esgotar as causas do protagonismo judicial, que se vem solidificando no cenário institucional, inclusive em escala internacional.

Entretanto, a alusão a essa quantidade razoavelmente ilustrativa é suficiente para não apenas corroborar o quanto sinteticamente destacado nestas linhas iniciais acerca da vinculação entre a realidade e a fisionomia orgânica indicativa de um protagonismo judicial, mas também sobre a ainda pertinente problematização que redunda no presente trabalho intitulado “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO” E A OBJETIVAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER POLÍTICO PELO JUDICIÁRIO.

Tal “poder político” pode ser substituído, apesar do alto grau de polissemia, pela expressão “ativismo judicial”, denominação que dogmaticamente conquistou a preferência dos estudiosos sobre a matéria.

Trata-se de um conveniente vocábulo eufemístico utilizado para designar a superação dos limites do “juiz clássico”: o intérprete da lei, vocacionado apenas à aplicação silogística da norma a que se deu notícia. Dentro da visão da tradição jurídica continental-europeia, à qual o sistema normativo brasileiro se perfila, isso significa observar

o fato e aplicar o direito legislado, a fim de solucionar o litígio, não obstante se deva notar as recentes mudanças no Direito Processual nacional rumo a um sistema de precedentes espelhado no *Common Law*. Esse fenômeno pode ser observado a partir da reformulação do Código de Processo Civil de 2015.

Isso expressava uma preponderância, em termos políticos, do Legislativo em relação ao Judiciário, justificada pelo caráter representativo do qual aquele Poder se reveste e pelo qual é legitimando. Daí a criação de padrões de conduta capazes de vincular o cidadão numa evidente paráfrase da relação entre o fundamento do poder estatal e sua manifestação.

O pêndulo oscilou. Se o fenômeno mencionado já se tornou comum a par da constante invocação àquele designativo acima referido, a Doutrina tem-se mostrado bem criativa em cunhar outras expressões – “juristocracia” é um desses neologismos – sinalizando, ao menos por enquanto, um ponto de inércia aquela sua posição original e apesar de críticas bastante razoáveis.

Uma coisa, entretanto, é a constatação do fato, outra, bem diferente e problemática, é encontrar para ele uma legitimação em termos dogmáticos, principalmente quando se verifica que os resultados desse novo perfil de normatividade resulta de preferências pessoais ou influências subjetivas de toda a sorte travestidas em raciocínio técnico-interpretativo no proferimento das decisões judiciais que lhes servem de canal.

Como se disse, uma concausa para essa primazia está no âmbito da hermenêutica jurídica, aberta a novas possibilidades de critérios no exercício da atividade do juiz e a pretexto de sua prática.

O que não foi ainda mencionado, porém, é sua consequência.

A viabilidade de uma gama substancial de respostas para uma única indagação, ao sabor do parâmetro utilizado, da “ponderação de interesses” realizada, ou do princípio aplicável de qualquer outra maneira eleito pelo decididor, pode ser compreendida como enfraquecimento – no sentido científico – do raciocínio jurídico, já que muitas das soluções resultantes são assumidas como pertinentes, a ponto de se admitir a coexistência, um tanto quanto paradoxal para os jurisdicionados, de várias verdades para o mesmo dilema.

É desta premissa que decorre o problema a ser enfrentado neste trabalho: é possível ir além da crítica institucional acerca do ativismo judicial no exercício do poder político, a fim de garantir um critério dogmático legitimador para a criação judicial do direito fundado em elementos objetivos?

A resposta à indagação lançada pode ser hipoteticamente encontrada a partir de uma perspectiva pragmática do Direito de matriz *posneriana*.

Em linhas bem gerais, este referencial teórico propõe um critério de equilíbrio que absolve, de um lado, o pecado do radicalismo, resumido na máxima de que o direito é aquilo que o juiz diz que é direito; do outro, o ceticismo absoluto, de que o direito é apenas um pálido reflexo dos interesses políticos e econômicos em disputa no meio social.

A dignificação do jurídico neste marco teórico não significa, porém, sua imunidade frente ao vasto campo de saberes pelos quais a própria realidade é reconhecida, já que defende uma visão transdisciplinar a fim de retirar o Direito de sua confortável autopoiese.

Neste contexto, o Pragmatismo jurídico de matriz *posneriana* se assenta metodologicamente na “análise econômica do direito”, sendo viável demonstrar que é possível trabalhar com um critério objetivo

no exercício da atividade judiciária, visando objetivar aquele protagonismo judicial em substituição à carga altamente subjetiva que outras vertentes denotam e que contam, se não com o apoio explícito, ao menos velado dos agentes políticos que integram as Cortes de Justiça no Brasil. Dê-se destaque especial ao Supremo Tribunal Federal, em função do grande volume de decisões qualificáveis como políticas e do impacto que esses mesmos precedentes geram em toda a sociedade brasileira, a exemplo do paradigmático caso que estendeu aos casais homoafetivos as mesmas prerrogativas da união estável, nitidamente distante da literalidade da própria norma constitucional à qual o STF deve obediência.

Importa destacar, ainda que prematuramente, que essa perspectiva econômica não deve ser entendida como eminentemente monetária, o que é tomado pelos mais desavisados ao presumir que a metodologia lastreada no movimento *“Law and Economics”* trata-se tão somente da sobreposição do econômico ao jurídico.

Desmistificando essa ideia, o que se tem é a utilização de uma premissa representada pelo instituto da “maximização da riqueza”, imbricada na tomada de decisões ou na construção de parâmetros jurídicos.

Ainda neste particular, o propósito é desvelar que tal circunstância está muito mais associada aos processos jurídicos de tomada de decisão do que pensa a casta dos operadores do direito, sendo viável e, por isso mesmo, um tanto surpreendente que muitas questões consideradas como estritamente jurídicas possam ser explicáveis e resolvidas em grande parte por um raciocínio de meios e fins.

O empreendimento exige, como implicitamente abstraído desta introdução, uma postura acadêmica imunizada do viés corporativo que a dogmática jurídica insiste em manter, não apenas pelo isolacionismo

criticado ante às demais Ciências Humanas, dentre elas a Economia, mas também pela própria maneira de estabelecer a metodologia de abordagem do problema indicado linhas atrás, e que se justifica pela própria alternativa a vertente referencial d qual se deu notícia.

Assim é que a investigação ocorre sob uma perspectiva descriptiva, não no sentido também sufragado pelo senso comum – ou seja, da análise de campo, da condução de entrevistas, da planificação de dados – mas aquela própria ao ceticismo, de onde o Pragmatismo jurídico de matriz *posneriana* bebe sua fonte.

Trata-se de encarar os fatos que orbitam o problema sob um enfoque que não se restrinja à perspectiva autóctone ou circular do jurídico, do Direito pelo Direito, o que se mostra coerente com os parâmetros até aqui estabelecidos.

Isso não significa, porém, esteja ausente uma postura prescritiva, pois, conforme indicado na problemática, busca-se referendar uma metodologia que sirva ao processo decisional no campo das questões sensíveis.

Assim, o conteúdo que logo mais se apresenta, perpassado pelo marco e referencial teóricos indicados, é estruturado em cinco capítulos.

O que se fará já no **primeiro capítulo** é discriminar contextos emblemáticos que contribuíram para esse perfil, com a instauração da não mais tão nova ordem constitucional democrática brasileira.

O enredo, com essa tônica, trabalha as tensões institucionais anteriores, exemplificadas na ação do STF e o que se pode caracterizar como embrião do ativismo judicial, envolto no constitucionalismo de coalizão que legou o Texto fundamental de 1988, visto como grande esperança de salvação numa sociedade recém-saída de um regime de

exceção e cuja conformação já indicava, a par não apenas do perfil de Estado que se criava com a inflação de temas com assento constitucional, mas também em função do novo arcabouço do controle de constitucionalidade que, anos depois, roubaria a cena institucional, como se fora resultado de um evolucionismo sociopolítico do qual a reforma do judiciário, havida por meio da Emenda Constitucional no 45/2004, é bastante indicativa. Finaliza com a crítica à permanência do princípio da separação dos poderes em tempos de protagonismo judicial.

No **segundo capítulo**, aborda-se a conformação do ativismo judicial no Brasil, observado a partir de algumas noções clássicas que permitem qualificar uma postura criacional do Judiciário, elevada a extremo por meio da importação do “estado de coisas inconstitucional”, perpassado em todas as seções por uma avaliação crítica.

O **terceiro capítulo** é ocupado pelo ambiente hermenêutico. Enquanto nos tópicos anteriores a discussão se deu externamente, ou seja, levando em conta a perspectiva relacional e a atuação orgânica do Judiciário, nesta seção o olhar é dirigido às ferramentas pelas quais o protagonismo judicial se materializou, inclusive pela encampação do viés moralista dominante no âmbito da decisão judicial, principalmente na resolução de casos sensíveis, adotando apoditicamente a metodologia sem atentar para o princípio republicano que exigiria a motivação não só da decisão em si, mas também acerca da justificação do método para que a ela se chegue.

A ponte entre o que pode ser considerado a primeira etapa do trabalho e a segunda é estabelecida pelo **quarto capítulo**, no qual a necessidade de objetivação é inicialmente destacada como antítese ao subjetivismo decisional, ajustando, em termos mais explícitos, o marco referencial que se sustenta na visão pragmatista de Richard Posner, sem a qual não se pode compreender os meandros da “análise econômica do direito”.

Por fim, o **quinto capítulo** declina justamente os instrumentos da “análise econômica do direito”, a fim de associá-los à ação política do Judiciário, estabelecendo um liame não somente reflexivo, mas principalmente indicativo de uma metodologia no que tange à ação decisional. Para corroborar esse ponto de vista, promove-se uma análise do caso decidido no STF quanto à extensão dos efeitos da união estável aos casais homoafetivos, inicialmente apontando as deficiências na motivação do voto do relator, para, em seguida, conduzi-la sob o prisma das ferramentas conceituadas na seção antecedente.

O diagnóstico que, se espera formular com certo grau de acerto, entremeado pela visão sempre crítica referendada pela desconfiança do pragmatismo *posneriano*, implicará o prognóstico já destacado no tocante à refutação da complacência subjetiva hoje dominante no âmbito da ação política do Judiciário, oferecendo, com isso, um critério objetivo por meio desta ferramenta alternativa, que é a “análise econômica do direito”.

## 1 EVOLUÇÃO E CONTEXTO

Antes de qualquer incursão quanto ao problema e objeto central deste estudo, ambos apresentados na introdução, é necessário fixar o contexto em que a atuação política do Judiciário se manifesta, o que se dará em duas perspectivas.

A primeira está associada a uma visão evolutiva do que se convenciona chamar de “ativismo judicial”<sup>1</sup>, estrategicamente realizada sob o prisma político-institucional.

“Político”, uma vez que é sob tal modalidade de ação<sup>2</sup> que se comprehende o perfil contemporâneo da judicatura, a qual não mais se limita à tradicional postura silogística de aplicação da lei ao caso sob julgamento (Montesquieu, 2010, p. 92), tampouco à resolução de litígios individuais. Quanto à natureza dos litígios, nota-se que foi impactada pela complexidade das relações contemporâneas<sup>3</sup>, o que engloba o aparecimento das tutelas coletivas à vista de prerrogativas metaindividuais, a reivindicação de uma pauta de interesses dos mais variados grupos sociais representativos, uma vez superada a clássica noção de cidadania individual (Botelho; Schwarcz, 2012, p. 12-13), bem como a formatação de novas técnicas hermenêuticas, sob o argumento de atender as peculiaridades ínsitas ao exercício da jurisdição constitucional.

---

<sup>1</sup> De maneira ainda superficial, a expressão pode ser utilizada para designar a apropriação da atribuição concernente à criação normativa pelo Poder Judiciário em detrimento de sua função original e primordial consistente na resolução de controvérsias, invadindo, assim, as prerrogativas antes enfeixadas apenas pelo Legislativo (Ramos, 2013, p. 129).

<sup>2</sup> Consistente na tomada de decisão acerca de um determinado vetor a ser seguido ou valor a ser sufragado no âmbito comunitário e correspondendo a uma espécie de primeira fase da nomogênese jurídica (Faria, 1978, p. 25)

<sup>3</sup> Mauro Cappelletti (1999, p. 41-42) anota que o Estado de Bem-Estar Social, nitidamente promocional, ao distinguir-se do perfil antecessor, leva a magistratura a assumir também, já que um dos ramos componentes dessa estrutura, um papel de efetivador dos direitos sociais por meio de uma atuação mais criativa de seus integrantes.

“Institucional”, já que o modelo paradigmático eleito é o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do sistema judicial. O Tribunal vem catalisando seja no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, seja por intermédio do controle difuso, cujas ferramentas foram sobremaneira ampliadas em 2004, com a Emenda Constitucional no 45. Deve-se notar que tais instrumentos de controle podem, em alguma medida, ser replicáveis aos demais órgãos que compõem a Justiça brasileira.

Soma-se uma análise também em termos contextuais sobre o cânones da separação dos poderes. Apesar de ainda figurar como um dos elementos centrais da concepção de “estado de direito”, tal cânones vem cedendo espaço substancial a uma conformação distinta a respeito das suas clássicas funções, inclusive a fim de caracterizar um perfil por vezes denominado “estado constitucional”, onde esse protagonismo se torna mais evidente.

## **1.1 UMA APROXIMAÇÃO SOBRE O MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA BRASILEIRO**

O constitucionalismo é fenômeno razoavelmente recente na história jurídica, confundindo-se, no campo político, com as revoluções francesa e americana (Gusmão, 2009, p. 109-110), que marcaram a história do Ocidente ao estabelecer novos parâmetros de organização sociopolítica, o que posteriormente viria a ser denominado “Estado de Direito”. O referido fenômeno tem, como postulado de autoridade, a existência de uma norma de caráter jurídico que prime pela contenção do poder (Nadal, 2006, p. 46), bem como pelo entabulamento de direitos havidos como fundamentais, que servem de garantias indeléveis face a uma eventual ingerência abusiva de seus agentes (Bobbio, 1992, p. 120). As revoluções supramencionadas foram posteriormente carac-

terizadas como levantes liberais, levando a reboque outras comunidades políticas situadas na própria Europa ou na América Latina entre 1815 e 1848, a ponto de disseminar uma modalidade de organização centrada nesse esquema (Hobsbawm, 1996, p. 109-112).

O que inicialmente compreendia o certificado de nascimento de uma nação<sup>4</sup>, passou a ser percebido como efetivo instrumento de proteção ante a viabilidade de sua utilização como plataforma de reclamação de direitos, cujo respeito encontra fundamento de legitimidade na transubstanciação ocorrida entre soberania popular e poder constituído. Em panfleto circulante no momento pré-revolucionário francês, foram lançados os contornos do que os estudiosos do Direito Constitucional viriam a identificar como movimento constitucionalista e seu resultado. Segundo Sieyes (2014, p. 40):

Entretanto, de acordo com que critérios, com que interesses se teria dado uma Constituição a própria nação. A nação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma ideia exata da série de leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam ser independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar as condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais.

Já no continente americano, a convulsão sociopolítica toma a

---

<sup>4</sup> O termo “constituição” é polissêmico e pode ser encarado sobre diversas perspectivas epistemológicas, dentre elas a de viés político ou sociológico de caráter, por sua vez, mais descriptivo e que se compraz com o resultado da vontade livre e soberana para a Constituição de um Estado com todas as suas nuances institucionais (Sampaio, 2002, p. 09-10).

forma de levante contra o establishment colonial, muito embora, paralelamente ao ocorrido do outro lado do Atlântico, a ideia seja bastante similar quanto à tomada de consciência sobre o modelo formal que deveria preceder à fundação de um Estado civilizado. Tal ideia envolve a promulgação de um texto razoavelmente estável e imune de interferências voláteis, seja do Legislativo, seja do próprio Executivo, a fim de consolidar os valores em nível nacional (Wood, 2013, p. 175).

Ambos os processos construtivos se assemelham, ainda, quanto ao formalismo necessário para a confecção da Constituição: a formação de assembleias representativas, cuja legitimidade é colhida tanto no acesso da fúria revolucionária que sepultasse as velhas tradições<sup>5</sup>, quanto na retórica sutil e refinada abrangida pelo termo “cidadania”<sup>6</sup>.

Esses levantes ocorreram quase que concomitantemente, separados apenas por anos entre os marcos considerados iniciais ao movimento de derrubada do antigo regime na França (a queda da Bastilha em julho de 1789) e a declaração de independência americana do jugo colonial britânico (a reunião do segundo Congresso Continental na Filadélfia em julho de 1776). Essa circunstância é indicativa da superação de um panorama então vigente no século XVIII e que revela, como já assinalado, o perfil de uma era dando origem às respectivas constituições de 1791 e 1787.

O Brasil não ficou alheio ao fenômeno, o influxo desses mo-

---

<sup>5</sup> Mais uma vez, Thomas Paine (2005, p. 34-44) em seu discurso a favor da revolução americana critica a monarquia a partir de um de seus elementos constitutivos: a hereditariedade. Segundo o panfletista, um governo com base nesse sistema viola um dos direitos naturais mais básicos e ordenador da vida social, a igualdade, o que implica a falta de legitimidade da autoridade estatal somente corrigível pela instituição de um governo republicano.

<sup>6</sup> A noção de cidadania surge concomitante à ideia de um Estado de Direito na medida em que os integrantes da comunidade política passam a assumir a condição de detentores de direitos que garantem ao menos em status formal, certa intromissão nos assuntos políticos. (Morais; Nascimento, 2010, p. 17-20)

vimentos revolucionários não se mostrou tão retardatário, já que a quebra do vínculo colonialista nos trópicos se dá em 1822, justamente após a crise das cortes portuguesas que findaram por refundar a Coroa lusitana nos contornos limitantes de uma monarquia constitucional, ao sabor do liberalismo político.

Entretanto, a peculiaridade digna de nota é que, no caso brasileiro, se verifica uma inversão revolucionária, vez que a independência foi realizada não de baixo para cima, como nos movimentos paradigmáticos, mas de cima para baixo, a partir do preposto deixado pela casa de Orleans e Bragança. A aristocracia foi salva com a possibilidade de manutenção do poder mediante um punhado de concessões realizadas por meio do modus operandi que vigorava nos centros mais evoluídos, ou seja, outorgando a primeira carta política brasileira, a qual, mesmo encartando uma das contribuições mais elementares da época quanto à conformação do Estado de Direito – o princípio da separação dos poderes<sup>7</sup> – inovou com o poder moderador<sup>8</sup>.

Se é certo que o estudo do constitucionalismo se dá também pelas bases de Teoria do Estado, como perfunctoriamente até aqui tratado, não menos correto que sua verificação ocorra a partir dos próprios Textos fundamentais, isto é, pelo rastreamento das Constituições vigentes no país ou das mudanças mais relevantes havidas na compreen-

---

<sup>7</sup> A noção básica estabelecida por Montesquieu (2010, p. 169) no capítulo dedicado ao tema, ao analisar a conjuntura da “constituição inglesa” é que a concentração do poder em suas diversas facetas implica em tirania, restringindo a liberdade dos indivíduos a ela submetidos.

<sup>8</sup> Conceito Segundo a Constituição brasileira de 1824, precisamente em seu artigo 98 –, assim redigido: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” – instituía-se, para além das clássicas funções estatais, o Poder Moderador exercido privativamente pelo Imperador, a fim de velar pela harmonia dos demais poderes, mecanismo engenhoso conforme reiterado por Góes e Vasconcelos (1862, p. 18-19) a fim de garantir a unidade do Estado por meio da ação sempre iluminada da realeza.

são sobre o seu conteúdo.

Sobre esse segundo prisma, o Brasil começa sua história constitucional ainda enquanto monarquia, outorgada pela Carta de 1824, seguindo-se, já no sistema republicano inaugurado em 1889, as sete constituições de 1891, 1937, 1946, 1964 e a emenda n. 1 de 1969, estas duas últimas datadas do período ditatorial, até chegar à vigente Constituição, promulgada em 1988 sob o indicativo pseudônimo de “Constituição Cidadã”.

O que interessa aqui é menos este lineamento e mais o que esta sucessão é capaz de sugerir, uma vez que o surgimento de uma nova Lei Fundamental decorre sempre de um processo revolucionário mais ou menos cruento, no qual se colocam em disputa as forças sociais e o alto custo que se revela a partir dessa instabilidade momentânea (Soares, 1978, p. 51-52).

Seria razoável cogitar, portanto, que o resultado desse processo implicasse o equacionamento da desordem gerada pela solução de continuidade, que, no caso brasileiro, ocorreu sete vezes, e, mais recentemente, após o ocaso de um regime de exceção.

Entretanto, tal hipótese só pode ser corroborada ou eventualmente refutada pelo aprofundamento da análise sobre as relações institucionais que tangenciam diretamente o movimento constitucionalista, retomando-se o ponto de partida metodológico eleito já nas primeiras linhas desta seção.

Por essas razões, os quatro itens que a compõem abordam (i) o tensionamento gerado pela postura encampada pelo Supremo Tribunal Federal em instantes bem sintomáticos do exercício de suas competências até a promulgação da Constituição de 1988; (ii) o panorama da última constituinte, contextualizada a partir do texto seminal de Lassa-

le; (iii) a síntese gerada do confronto entre a experiência ditatorial e o ressurgimento democrático; e, por fim (iv) a identificação do ativismo judicial neste processo.

### **1.1.1 O STF e suas tensões institucionais**

O Supremo Tribunal Federal, com esta denominação, esteve presente como órgão máximo da estrutura judicial em todas as Constituições republicanas, existindo também no período monárquico sob a denominação “Supremo Tribunal de Justiça”. Quando da transição dos regimes em 1989, a composição do Tribunal foi mantida, o que representou, aliás, a primeira tensão institucional experimentada pela Corte, ante à polêmica lançada no âmbito do Senado Federal pelo potiguar Amaro Cavalcanti, ao questionar a legitimidade da participação, sem solução de continuidade, dos integrantes da Corte anterior sem o respectivo referendo da Câmara alta (Rodrigues, 1991, p. 09). A polêmica fundamentou-se no fato de o Texto Fundamental de 1891 exigir, no seu artigo 48, item 12º, que o presidente da república nomeasse os ministros, sujeitando-se a nomeação a referendo do Senado.

O argumento, apesar de bastante técnico, pode também ser interpretado como desconfiança ideológica, similar àquela já manifestada por Montesquieu um século antes, ao diagramar a função típica atribuída ao Judiciário, apelidado então de “boca da lei” (Montesquieu, 2010, p. 175), já que boa parte dos integrantes do STF ostentava vínculos com a monarquia recentemente deposta.

A sua incidência mostra-se ainda bastante pertinente, pois também possuía lastro na preocupação já antevista pelo parlamentar acerca dos efeitos políticos deletérios decorrentes do exercício da competência da Corte. Deve-se notar, não obstante isso, que, à época, O Supremo

Tribunal Federal era responsável apenas pela resolução de dissensos ali encaminhados em função das prerrogativas recursais do Tribunal, inexistindo, como hoje, atribuições tão amplas e que envolvem principalmente o controle concentrado de constitucionalidade, conforme a redação que lhe conferia o artigo 59, inciso II.

A questão, porém, restou rapidamente superada, acolhendo-se o entendimento de Rui Barbosa, que, junto ao próprio Amaro Cavalcanti, viriam a ocupar assentos na Corte, como historiado por Leda Boechat Rodrigues (1991, p. 12).

Aquele receio, entretanto, findou corroborado, já que o STF, ainda na aurora de sua atuação, diante de controvérsia acerca da constitucionalidade de lei que instituía imposto de exportação estadual, mitigou a competência da assembleia legislativa do Estado da Bahia, ao decidir que a exação em questão não se coadunava com as disposições constitucionais sobre o tema. Esse fato provocou reação midiática do mesmo Amaro Cavalcanti, ao sustentar, já nos idos do início do século passado, a crítica acerca do equívoco em que incidia a Corte por meio de uma avaliação sobre os efeitos econômicos prejudiciais da posição assumida, pois, à maneira como decidida, interferia o Tribunal na sustentação financeira dos novos Entes, comprometendo, inclusive, a própria noção estrutural de estado federativo (Rodrigues, 1991, p. 75-79).

Se o primeiro estranhamento ocorreu com o Legislativo – tanto nacional quanto local –, não tardaria o embate também com o Executivo.

No episódio associado à reforma compulsória de militares (Rodrigues, 1991, p. 61-66), durante a presidência de Floriano Peixoto, foram anulados, pelo Supremo Tribunal Federal, dois decretos executivos, reconhecendo-se a ausência dos efeitos da tomada de decisão

pela Administração.

Por mais singelo que possa parecer o exemplo, tendo em vista a aplicação normal do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que chama a atenção neste contexto em particular é que, na demanda, então encampada por Rui Barbosa na condição de representante jurídico de um dos atingidos, o Marechal José de Almeida Barreto, foi advogada a tese acerca da competência do Tribunal em anular atos do Executivo com base na incompatibilidade frente à Constituição Federal.

O entendimento foi construído com base no caso *Marbury vs. Madison*, da Suprema Corte Americana, que, no ideário constitucionalista, estabeleceu originalmente um dos paradigmas do controle de constitucionalidade contemporâneo (Sampaio, 2002, p. 31-32), a fim de permitir ao Judiciário a retirada do sistema de atos normativos emanados dos outros poderes. Isso amplificou o impacto da atuação do Supremo Tribunal Federal, ao importar-lhe a fisionomia de uma Corte Constitucional, muito embora ainda em caráter bastante rudimentar.

A extensão desse perfil, porém, não chega a demorar, estabelecendo-se ainda no recém-inaugurado regime republicano entre 1910 e 1926, interstício no qual a Corte foi bastante profícua na análise de ações de habeas corpus.

Na ausência de um remédio processual para coibir os mais variados abusos de autoridade pública, lacuna que somente mais tarde seria suprida com a criação do mandado de segurança (RAMOS, 2013, p. 234), a medida judicial em questão era impetrada pelas mais variadas razões: (i) a preservação de mandatos políticos e o exercício de funções públicas; (ii) a manutenção da liberdade de imprensa; (iii) impedir a incomunicabilidade de presos políticos; e (iv) até mesmo a proteção do pátrio poder, avançando-se aqui muito mais que nos Estados Unidos, como referido também por Leda Boechat Rodrigues, ao narrar seu en-

contro histórico com o Chief Justice Willian O. Douglas, em visita ao Brasil, sobre o que ficou conhecido como a “Doutrina Brasileira do habeas corpus”. A referida autora, no III volume de sua obra totalmente dedicada ao assunto, referiu-se à doutrina como a maior criação jurisprudencial brasileira (RODRIGUES, 1991, p. 17/20).

Primariamente pensado a fim de garantir tão somente o direito de locomoção, existindo desde o século XIII como uma das faculdades mais essenciais a integrar o rol das liberdades civis, o habeas corpus passou a ostentar utilização bastante larga. Justamente por isso, Elival da Silva Ramos (2013, p. 233) apontou tal utilização como uma das primeiras manifestações voluntaristas referendadas pelo STF, muito embora com vida efêmera, já que, em contra-ataque do Executivo por meio da articulação do então Presidente Artur Bernardes (Rodrigues, 2002, p. 19-20), foi textualmente modificada a Constituição para limitar a utilização do remédio apenas à eventual afronta ao direito de locomoção, através da Emenda Constitucional no 03 de setembro de 1926, diferindo da redação anterior, mais abrangente.

A primeira constituição republicana seria substituída oito anos após essa reforma, muito embora materialmente haja sido suplantada antes disso pelo regime que se instaurou em função da revolução de 1930, a qual levou Getúlio Vargas ao poder.

De plano, o Supremo Tribunal Federal sofreu com o revanchismo levado a cabo pela classe tenentista, que não obtivera da Corte os efeitos perseguidos por Habeas Corpus contra as condenações sofridas em 1922, 1924 e 1927 (Rodrigues, 2002, p. 31), decorrentes das penalizações aplicadas pela insurreição promovida pelo 18 de Copacabana e pela tentativa de tomada da capital paulista, que posteriormente deu origem à Coluna Prestes.

No que toca ao ativismo judicial, releva notar, para este trecho

histórico, a inviabilização de qualquer iniciativa em função da própria ablação dos membros da Corte, já que destituídos seis integrantes por meio do Decreto no 19.656 de fevereiro de 1931, por parte do Governo Provisório (Rodrigues, 2002, p. 31-32), instalado com a deposição do último presidente da República Velha e cuja motivação política resta insuspeita nas próprias razões expressas no ato normativo.

Contrariamente à postura criativa adotada pelo Tribunal quanto à utilização do habeas corpus, o que se viu de 1934 a 1945 foi uma completa tolerância em relação às atividades de duvidosa constitucionalidade por parte do Executivo, bem como a resolução de medidas contra estas questionadoras ali encaminhadas. O STF, por exemplo, agiu para (i) negar a impetração de mandado de segurança ante o fechamento da Aliança Nacional Libertadora, em função da prática de atividades comunistas de caráter subversivo; (ii) indeferir a soltura de parlamentares presos sem o prévio referendo da Casa Legislativa, apesar da previsão constitucional explícita neste sentido; e (iii) referendar decisão do TSE acerca do cancelamento de registro do Partido Comunista, anuindo, assim, com a cassação dos membros dessa agremiação em decorrência dessa anulação (Rodrigues, 2002, p. 61-90).

Superado esse episódio ditatorial com a queda de Getúlio Vargas, levada a efeito por levante militar de cúpula, coube ao Presidente da própria Corte, Ministro José Linhares, ocupar a cadeira do Executivo Federal, convocado pelos generais para assumir a função, com o principal intuito de garantir certa estabilidade, que se completaria com as eleições gerais marcadas para dezembro de 1945 (Rodrigues, 2002, p. 41-44). Foi promulgada uma nova Constituição em detrimento daquela que ficou conhecida como “polaca” apenas nove meses depois, e suas disposições refletiam no nível formal um Estado novamente democrático, ampliando-se as competências do STF, que, a partir de então, poderia ser reconhecido como uma Corte Constitucional (Oli-

veira, 2012, p. 39), já que em seu artigo 101, inciso I, alínea “k”, estabelecia sua competência para julgar e processar originariamente a “re-apresentação de constitucionalidade” de lei ou ato normativo federal e estadual formulada tão somente pelo Procurador Geral da República.

A limitação da legitimidade ativa para o ajuizamento de medida própria ao exercício do controle concentrado de constitucionalidade, tal como discriminado no texto constitucional, é bastante indicativa acerca da inviabilidade de uma postura ativista por parte da Corte, conformada que está pelo princípio da inércia.

A estabilidade institucional foi rompida por meio do golpe militar de 31 de março de 1964.

O Brasil, envolvido em um cenário mais abrangente que relacionava os países do Terceiro Mundo, especialmente na década de 60 e 70 (Hobsbaw, 1995, p. 429-431), a pretexto de barrar a ameaça comunista personificada, localmente, pelo então presidente João Goulart que sob este pretexto findou deposto pelos militares, instaura um regime com todas as nuances de autoritarismo observáveis a partir dos Atos Institucionais que caracterizariam juridicamente o regime.

Foi editada uma Constituição três anos após a tomada de poder, contando com todos os dispositivos que personificam o Estado de Direito, incluindo um título dedicado à “declaração de direitos”<sup>9</sup>, entre os quais as clássicas liberdades civis. A Carta em questão. Todavia, é o típico exemplo do que Ferdinand Lassale (2016, p. 27) designava de “folha de papel”, já que os fatores reais de poder se personificavam juridicamente nos Atos Institucionais emanados exclusivamente da autoridade militar, que exercia seu controle a partir do Executivo.

---

<sup>9</sup> Fruto do racionalismo iluminista no âmbito jurídico, as declarações de direitos cristalizaram no plano jurídico o ideal político representado nas revoluções liberais exteriorizando prerrogativas imanentes a cada cidadão contra a autoridade estatal (Dimoulis; Martins, 2009, p. 23-27).

Apesar da retórica democrática, que se buscava legitimar por meio de conceitos chaves do constitucionalismo, como se vê na redação do preâmbulo do Ato Institucional no 1, ao fazer referência ao Poder Constituinte do qual dotados os representantes da revolução, o que se vê é uma atitude paradoxal que aboliu as eleições diretas para a presidência da república, Aprofundou-se, assim, a contradição nos anos de chumbo através do AI no 5, que, em 1968, permitiu ao Chefe do Executivo o recesso do Congresso Nacional, suspendendo os direitos políticos e sustando a garantia do habeas corpus em caso de prisão decorrente nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Entretanto, para o presente trabalho, interessa, dentre os instrumentos próprios desse período, o AI no 2, uma vez que interferiu diretamente no Supremo Tribunal Federal ao ampliar a composição da Corte de onze para dezesseis ministros, a fim de garantir a ingerência mais próxima no Órgão. Estratégia semelhante à adotada por Franklin Delano Roosevelt, à época do New Deal, no episódio que ficou conhecido como *switch in time to save the nine*, somente contornado pela “segunda constituição” do período ditatorial, a Emenda Constitucional no 01/69.

Ainda neste contexto, o passo mais extravagante foi dado, porém, no artigo 19 da norma referida, que passou a impedir até mesmo a possibilidade de apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando da Revolução amparados no AI no 1, quanto aos atos complementares ao próprio AI no 2 e ainda acerca das resoluções das Assembleias Legislativas e Câmara de Vereadores que haja cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a sua promulgação. Isso praticamente impediu qualquer ação de cunho ativista por parte do Judiciário até a derrubada do regime de exceção, com a redemocra-

tização do país levada a efeito principalmente pelo movimento Diretas Já, cujo impacto mais evidente, além do restabelecimento dos direitos políticos, foi a edição de uma Constituição marcada pela milimétrica disposição acerca das competências institucionais, inovando ao referir-se ao STF como “guardião da constituição”.

### **1.1.2 A “contrarrevolução” e seu impacto institucional**

De acordo com o explorado na seção anterior, o estágio pré-constitucional de 1988 foi ocupado por outra experiência autoritária vivida pela sociedade brasileira. Esta, apesar de fortemente orientada pelo positivismo jurídico como, de resto, todo o ordenamento das comunidades políticas de tradição continental-europeia à época, foi espelhada, juridicamente, na inversão da lógica kelseniana acerca da precedência entre as normas do sistema (Faria, 1985, p. 41-43). Isto porque, não obstante a vigência de um texto constitucional promulgado em 1967, reformulado em 1969, os atos institucionais levados a efeito pelo Executivo sobreponham-se a qualquer dispositivo ali inserido, ostentando, inclusive, a prerrogativa de suspender, e até mesmo modificar o seu conteúdo, algo inimaginável dentro das formulações mais básicas da dogmática constitucional. Recorde-se, por oportuno, a noção de “poder constituinte derivado”, relativo ao clássico princípio da separação de poderes.

Isso demonstra, para dizer o mínimo, que não havia força suficiente para a materialização de certos preceitos naturalmente encartados no Texto, inclusive aquele relacionado ao exercício da própria jurisdição constitucional, que já indicava, como pontuado na seção precedente, a possibilidade de atuação do STF quanto ao controle concentrado de constitucionalidade. Tal fato foi agravado pelo Ato Institucional no 02, que impedia a análise de certas demandas pelo Judiciário.

Mais do que apenas fatos estaticamente situados em uma narrativa histórica, essas circunstâncias são condicionantes da postura a ser encampada pela judicatura na superação do regime de exceção que definhava no início da segunda metade da década de 1980, quando começaram as articulações para o restabelecimento de um sistema democrático<sup>10</sup>.

Apesar de a transição ostentar uma causa menos política do que aquela que se formou no imaginário popular, lastreada no insucesso da tecnocracia militar em continuar garantindo os resultados econômicos (Faria, 1985, p. 33-39) que permitiram uma certa anuência social às arbitrariedades cometidas durante os anos de chumbo, a necessidade de abertura e de fruição das liberdades clássicas, principalmente o direito ao voto direto para a eleição do chefe do executivo foi utilizada pela classe parlamentar de oposição através do sugestivo slogan “Diretas já”, a fim de sustentar nas ruas o que já vinha sendo gestado nos bastidores do poder.

O ensaio ocorreu justamente neste plano, por meio da tentativa de garantir já em 1984 uma alteração na Constituição Federal, o que ficou conhecida como a “Emenda Dante de Oliveira” (Gaspari, 2016, p. 266).

Apesar de não ter logrado êxito, a derrota na votação no Legislativo indicou, em função das dissidências na “situação”, que o domínio pelos militares estava próximo do fim, garantindo, mais uma vez na história brasileira, um processo revolucionário de cima para baixo, apesar de o evidente apoio popular, cujo exemplo mais corriqueiro é o comício que reuniu uma multidão na Praça da Sé em São Paulo (Gas-

---

<sup>10</sup> Na década de oitenta, já no governo Figueiredo, um misto de circunstâncias econômicas, com o aumento da dívida externa e grande alta da inflação, aliada a falta de traquejo político do próprio presidente quanto à sua sucessão favoreceu a articulação da oposição, que encabeçou o movimento das Diretas Já ao mesmo tempo em que fortalecia figuras políticas capazes de assumir o comando do Executivo, como Ulisses Guimarães e Tancredo Neves. (Gaspari, 2016, p. 241-275)

pari, 2016, p. 270).

Seria lícito concluir que a convulsão política que resultou na instalação da nova república resultou também na elaboração de uma nova constituição, não apenas pela naturalidade com a qual se costuma produzir leis fundamentais no Brasil a cada guinada política como implicitamente assentado na seção anterior, mas principalmente pela necessidade de diferenciação que as Instituições precisavam assumir em relação ao regime ditatorial. Esse regime, aliás, sendo marcado pelo alto grau de concentração das atividades estatais no âmbito do Executivo, inclusive aquelas de natureza tipicamente legiferante, como referenciado por José Eduardo Faria (1985, p. 29-30), em pequeno volume redigido à época dos fatos.

Entretanto, a fisionomia desse novo capítulo constitucional não estaria associada restritamente a esse entrave a ser superado, devendo refletir, tal como sugerido pelo mesmo autor, o esgotamento do próprio referencial de Estado do qual a Carta política então vigente, amalgamada aos atos institucionais, era representativa. O objetivo era que se solucionassem problemas de legitimidade da velha ordem em abono à esperada e necessária renovação legitimante da nova era (Faria, 1985, p. 61-62).

Ainda segundo esse cientista político (Faria, 1985, p. 32):

O que me interessa, isto sim, é identificar como as instituições de direito estão sendo ajustadas estruturalmente a uma realidade sócio-econômica (sic) cada vez mais complexa – processo esse que parece exigir a substituição das categorias jurídicas tradicionais por outras modernas, plásticas e flexíveis. Interessa-me, por isso mesmo, verificar como princípios formulados por uma cultura jurídica de caráter positivista e de inspiração liberal estão sendo erodidos numa sociedade de intensa mudança, na qual o Judiciário vem sendo esvaziado à medida que lhe é vedada

do o direito de julgar o mérito das decisões administrativas. Esta sociedade gera dilemas e paradoxos que exige decisões rápidas e eficientes, levando governantes e intérpretes da lei a agir pragmaticamente, afrontando, com seu casuísmo, os demais poderes. Qual, então, a natureza normativa da ordem vigente?

Assim, a Assembleia Nacional Constituinte, instaurada em 1987, progrediu até outubro de 1988 para apresentar a Constituição hoje vigente, com quase o dobro de dispositivos de sua antecessora mais próxima.

A novidade, porém, não estaria no volume de artigos, mas na existência de elementos repletos de carga valorativa e que integram o seu primeiro título, compreendendo os fundamentos e os objetivos da república, construído basicamente a partir de cláusulas semanticamente bastante abertas. Isso constitui um fator importante quando se pensa em mecanismos de vazão ou justificação hermenêutica do ativismo judicial, reiteradamente utilizados como topos de legitimação das prerrogativas dos Órgãos responsáveis pela respectiva tutela, sobremaneira o Ministério Público – agora não mais organicamente vinculado ao Executivo – e o Poder Judiciário, por meio do judicial review, reforçando a demonstração do impacto causado pelas duas décadas de autoritarismo.

Observe-se, ainda neste sentido, que o Texto Fundamental de 1988 ampliou significativamente o número de legitimados para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade, abrindo a via antes monopolizada pelo Procurador Geral da República para mais outras oito espécies de entidades.

Tal contexto é capaz, não só de referendar, em certa medida, a visão peculiar de Ferdinand Lassale (1933, p. 30-31) no âmbito do

constitucionalismo contemporâneo em função de seu teor político, acerca dos componentes daquilo que pode ser considerado conceitualmente como “constituição”: os fatores reais de poder, ao reconhecer outros atores.

É difícil atestar empiricamente se o intento primitivamente imaginado no tracejo desse modelo legou o atual perfil ativista da Suprema Corte Brasileira. Entretanto, pode-se ao menos afirmar que a “contrarrevolução” contribuiu relevantemente para dotá-lo dos instrumentos necessários à sua efetivação em caráter potencial.

### **1.1.3 Ativismo Judicial em evolução**

As duas seções antecedentes trataram de qualificar, dentro da pequena experiência constitucional brasileira, os momentos de conflito institucional entre a Suprema Corte e os outros Poderes, se não propriamente como momentos de manifestação ativistas, ao menos protopolíticas.

Se é certo que, na catalogação apresentada, essas tensões nem sempre partiram do STF na solução de questões de sua responsabilidade, o trato com o Legislativo e, especialmente, com o Executivo, especialmente na última quadra, lançou as bases de uma postura mais proativa na análise de temas sensíveis cuja responsabilidade, a priori, cumpriria ao Parlamento ou à Administração Pública.

Em um plano mais genérico, trata-se da superação do positivismo clássico, lastreado na ideia de um “moralismo jurídico” (Ramos, 2013, p. 88) e consubstanciado na noção, também prevalente atualmente, de que a interpretação e a aplicação do direito não vêm desacompanhadas da respectiva valoração e que pode ser traduzida na crítica à adoção de um padrão exclusivamente normativista, associa-

da ao aumento da complexidade das questões submetidas à apreciação da judicatura, as quais não se restringem a demandas individuais e de cunho patrimonial próprias do paradigma liberal. Abrangem, entretanto, outras questões, de caráter coletivo, a exigir um tratamento procedural diferenciado, principalmente no que tange ao alcance das decisões (Cappelletti; Garth, 2002, p. 50).

Continuando somente no espectro normativo, o surgimento de outras dimensões de direitos no plano constitucional – os chamados “direitos sociais” de caráter tipicamente prestacional (Dimoulis; Martins, 2009, p. 57) – exigiram a adequação do Judiciário ao atendimento de causas cujos fundamentos subsistiam nessa modalidade de prerrogativas também alçadas ao plano constitucional.

Aliás, no contexto político isso representou a conformação de um perfil estatal – visto de maneira mais abrangente e sem levar em conta as idiossincrasias específicas do contexto histórico e social de uma dada comunidade, como a brasileira, por exemplo<sup>11</sup> – chamado de “Estado do bem-estar social”, a exigir pela própria conformação dos interesses não apenas um interdito contra Estado em respeito aos atributos, como acontecia, via de regra, em prol de direitos civis e políticos, mas também uma postura prestativa das Funções públicas (Batista Júnior, 2012, p. 271-276), não escapando também o Poder Judiciário.

O mesmo ocorreu em relação ao papel e eficácia das normas programáticas, em clássica conceituação proposta pelo Direito Constitucional, antes diretrizes ao legislador ordinário, hoje dotadas de efetividade justamente pela atitude jurisprudencial compromissada em atribuir uma plena efetividade a toda e qualquer norma de status fundamental com embasamento interpretativo, em abono à teorização

---

<sup>11</sup> No Brasil, considera-se uma verdadeira precedência dos direitos sociais sobre as liberdades públicas, invertendo-se a lógica “marshalliana” e que tem reflexos na própria visão dos destinatários dessas garantias e na forma de exercício da cidadania no Brasil. (Santos, 2014, p. 469-480).

proposta por Konrad Hesse (1991, p. 24-25) acerca da “força normativa da constituição”.

Como se pode perceber, essa variação decorrente da assunção de um novo viés estatal ou a própria modificação no trato de demandas sob novas formas de tutelas ou, ainda, o surgimento de novas prerrogativas jurídicas fundamentais assumidas no Texto Fundamental de cunho analítico a partir de 1988, são elementos que condicionam o processo de politização do Terceiro poder.

Some-se a isto a inclusão de um sistema de controle de constitucionalidade muito mais abrangente inaugurado com a atual Constituição, em detrimento das anteriores, fundamentado no mesmo topo retórico acerca da supremacia constitucional, que findou por atribuir ao STF prerrogativa de extrair do ordenamento jurídico uma lei mesmo que proveniente da Casa dos representantes do povo, acaso conflitante com o texto constitucional, a ser defendido no seu âmbito de competências. A isso já se convencionou chamar de “legislador negativo” – o que posteriormente passou, com a evolução desse sistema, a permitir uma feição criativa das decisões judiciais, agora sob a perspectiva de “legislador positivo” em contraposição aos parâmetros estabelecidos na formatação clássica desse viés (Tavares, 2012, p. 35-36).

O que ocorre, assim, é que um contexto favorável só surge efetivamente a partir de 1988, não só pela promulgação da atual Carta política, mas principalmente pela redemocratização do país, restabelecendo um panorama institucional de normalidade e verdadeira independência entre os poderes, além de não apenas restabelecer as competências do STF, mitigadas, como visto, pelo AI no 02.

Ainda com base nas informações associadas anteriormente, o que se pode perceber é que durante essa trajetória é possível distinguir nitidamente quatro fases do ativismo judicial brasileiro.

(1) Em um primeiro momento, a sua quase inexistência no interstício que segue da fundação da república até praticamente meados do período de vivência da Constituição de 1988, seja pela inexistência de ferramentas apropriadas para o seu exercício; pela contenção provocada pelo acentuado respeito ao princípio da separação dos poderes, valendo a máxima acerca da função primordial da judicatura apenas como instância de solução de problemas; seja pela contenção exógena politicamente engendrada pela natureza dos regimes autoritários em que compreendida em grande medida a experiência republicana.

(2) A segunda etapa corresponde justamente à guinada dessa ação limitada cujo marco temporal se dá cerca vinte anos após a promulgação da Carta, em função da consolidação do Estado Democrático de Direito e das ferramentas associadas ao controle de constitucionalidade ampliadas ainda com a introdução da súmula vinculante por meio da Emenda Constitucional no 45 de 2004, garantida ainda pela caracterização de um “estado constitucional” (Leite, 2017, p. 23-26).

(3) O terceiro estágio se deu com a proliferação da análise de casos sensíveis pelo Supremo Tribunal Federal, constantemente chamado a arbitrar questões caracterizáveis como vilipêndios a direitos fundamentais ou qualquer outra prerrogativa discriminada na Constituição Federal, a exemplo da impossibilidade de progressão de regime<sup>12</sup>, prevista na lei de crimes hediondos, da utilização de células-tronco fetais em pesquisas científicas<sup>13</sup>; do caso da demarcação contínua da reserva indígena raposa serra do sol<sup>14</sup>; do reconhecimento do status jurídico isonômico aos casais homoafetivos<sup>15</sup>; da permissibilidade con-

---

<sup>12</sup> HC 82959/SP

<sup>13</sup> ADI 3510/DF

<sup>14</sup> PET 3388/DF

<sup>15</sup> ADI 4277/DF e ADPF 132/DF

cedida a gestante para o aborto de fetos anencefálicos<sup>16</sup>.

(4) A quarta fase, enfim, surge marcada pela criação de um novo instituto associado ao exercício do controle de constitucionalidade, cuja função consiste em abrir mais uma frente de ação às Cortes Constitucionais quanto ao enquadramento de políticas públicas interferindo diretamente nas atribuições do Executivo. Trata-se do “estado de coisas inconstitucional”, que aponta, por sua vez, para uma completa subjugação das atividades estatais, circunstância suficiente justificar o neologismo a este respeito bastante sugestivo: “juristocracia” (Hirschl, 2007, p. 01-05).

## **1.2 A CLÁSSICA TRIPARTIÇÃO DE PODERES AINDA É CAPAZ DE EXPLICAR UM CONTEXTO INSTITUCIONAL DE ATIVISMO JUDICIAL?**

Dado o grau de influência das revoluções liberais para o Ocidente, é razoável afirmar que a grande maioria dos Estados adota a tripartição dos poderes como elemento de racionalização quanto ao exercício das funções públicas, sendo duas delas ocupáveis virtualmente por qualquer cidadão que se proponha à disputa de mandatos eletivos (Agra, 2005, p. 16), corroborando com a valorização da representatividade como pressuposto legitimante do exercício das funções estatais.

Assim, no Brasil, dentre as três funções, somente no âmbito do Executivo e do Legislativo é que se pode falar em mandato, inexistindo a par da diagramação realizada pelo constituinte originário em qualquer Órgão do Judiciário a possibilidade de eleição de seus membros.

Essa distinção serve de base a uma das principais críticas formuladas contra a postura ativista por parte da Judicatura, cujas fases

---

<sup>16</sup> ADPF 54/DF

foram discriminadas acima, já que viola a “supremacia do Legislativo” (Mendes, 2011, p. 96), a quem incumbiria, em primeiro grau, a política do direito.

Mesmo que se ateste, pelo que foi dito acima, uma maior proximidade entre a soberania popular, o Executivo e o Legislativo, no tocante à clássica conformação tripartite, não é possível estabelecer uma ordem de precedência entre estes e o Judiciário. Tal circunstância também é imaginada como forma de contenção no sistema em contraponto àquele que lhe antecedeu, vazada na fórmula “independentes e harmônicos entre si”, como se vê, de plano, consignado também no Texto constitucional brasileiro.

De forma mais concreta, essa autonomia se manifestaria na estipulação de um conjunto de atribuições peculiares e inerentes a cada um desses Poderes, o que permite inferir que o equilíbrio decorrente estaria assegurado enquanto os seus respectivos Órgãos mantivessem-se restritos à suas atividades típicas, permitindo-se só excepcionalmente aquelas de natureza atípica.

Não é o que vem ocorrendo, conforme prefigurado no contexto evolutivo acerca do ativismo judicial.

Seja agindo nomogeneticamente ou estabelecendo diretrizes para a consecução de políticas públicas, como será detalhado mais adiante, o Supremo Tribunal Federal dá mostras da mitigação do princípio da separação dos poderes, via de regra amparado na escusa normativa conferida à expressão “guarda da constituição”, ou seja, a pretexto do exercício do judicial review em suas mais variadas facetas, também objeto de verificação crítica em seção posterior.

Com isso, a questão se desloca do ponto de vista do desrespeito ao referido cânones estrutural como habitualmente formulado e passa

a ser trabalhada numa perspectiva ontológica à noção de Estado, para a qual se deve estabelecer um certo critério de controle, sob pena de violação da própria noção sobre a qual ainda se assenta.

Nesse passo, o que continuamente foi denominado como “estado de direito”, uma conquista civilizatória, na medida em que se pretende a contenção da política por meio do sistema jurídico, ainda que minimamente, passa a ser configurado como “estado constitucional”. Este é fruto de uma expansão ainda vigorosa que se tem atribuído à influência da Constituição como expressão normativa máxima dotada de “força” suficiente, à despeito de outros fatores em igual medida condicionantes para plasmar a própria realidade em que inserida (Hesse, 1991, p. 24).

Isso não bastaria, contudo, se não houvesse a adesão de uma dogmática comprometida em disponibilizar argumentos, teorias e explicações a fim de justificar esse paradigma e cuja designação, por si só, é indicativa dessa pretensão reacionária<sup>17</sup>.

Uma dessas estratégias consiste em taxar o Judiciário como um Poder também dotado de representação, apesar de sé-lo por outros meios, mas com o mesmo grau de legitimidade:

A proposição fundamental: “Todo poder emana estatal provém do povo” exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um

---

<sup>17</sup> Ao tratar das origens políticas do “novo constitucionalismo”, Ran Hirschl (2004, p. 72) sugere que o paradigma é representativo de uma coalisão formada de um grupo integrado por uma elite política, um núcleo econômico e um seletivo número de líderes judiciais cujo interesse reside em garantir a hegemonia do processo decisório quanto às políticas públicas

caráter idealístico do aquele pelo parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o ocorrer, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídicos-humanos e jurídicos fundamentais, fracassou, mas requer também positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico racional. (Alexy, 2011, p. 53-54)

De maneira menos conciliatória, argui-se o caráter contramajoritário das Cortes constitucionais em benefício da própria democracia, que também passa a ser caracterizada de outra maneira: um sistema que não se compraz com a típica noção de igualdade no estado liberal, vazada na expressão one man, one vote.

O princípio majoritário perde, assim, seu alcance como valor fundante do sistema e passa a ser conjecturado como mais uma forma de “tirania da maioria” (Mendes, 2011, p. 73-74).

Ora, se esse postulado é a tônica das demais funções, como visto na introdução desta seção, a conclusão a que se chega é que a correção do problema por ele gerado deve recair justamente naquele incumbido de velar pela missão de garantir a prevalência da Constituição sobre todas as coisas.

Essa hegemonia, por sua vez, retrata bem a “inclinação por juízes e cortes constitucionais” (Mendes, 2011, p. 69-82) e é assumida especialmente no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, que se apresenta, para além das outras competências – recursal e originária – do STF, garantindo-lhe a última palavra acerca de temas centrais na agenda política, mais do que propriamente jurídica, e que

finda por abrange-lo como um “equivalente funcional do poder moderador” (Bastos, 2015, p. 173).

Ao cabo, o que se quer pontuar é que o princípio da separação dos poderes, apesar de mantido como referencial para uma atuação institucional, é continente que não mais abriga o seu respectivo conteúdo.

## 2 APURAÇÃO CRÍTICA SOBRE O PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

Se, no plano institucional, o ativismo judicial se observa na tensão entre o Judiciário e os demais Poderes, sendo ainda evidenciado a partir da encampação das funções legislativa e administrativa, convolando-se em uma atuação política como fixado em sede conceitual, no aspecto técnico jurídico pode ser associado ao alargamento da própria atividade judicante, principalmente a partir do exercício do controle de constitucionalidade<sup>18</sup>.

Sempre lembrado nas lições sobre tema<sup>19</sup>, coube ao Chief Justice Marshall fomentar a solução para garantir ao Terceiro poder esse grau de importância, introduzindo a ideia acerca da prevalência na interpretação do texto constitucional como atribuição da Suprema Corte.

Já no campo dogmático, o instituto encontra sua definição mais

---

<sup>18</sup> Aqui a expressão é utilizada como gênero, absorvendo o controle concreto ou incidental e direto ou abstrato (Sampaio, 2002, p. 131-136), conforme distinção amplamente considerada pela Dogmática constitucional: a primeira, praticada em qualquer instância judicial, permitido, portanto, que todo o juiz de alguma maneira se pronuncie sobre questões constitucionais no enfretamento dos casos submetidos à sua apreciação, a fim inclusive de negar validade a alguma lei ou, como conceituado, substituir o legislador e o administrador por ocasião da decisão proferida nesses feitos; e a segunda, por meio da verificação sobre a adequação das leis e regulamentos produzidas pelos demais Poderes através das mais variadas espécies de procedimento, sobremaneira ampliados com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu entre as clássicas “ações de constitucionalidade” o instituto da reclamação e a súmula vinculante. Essa ampla gama de instrumentos e prerrogativas é indicativa da assunção do Judiciário ao protagonismo atual mencionado na nota anterior.

<sup>19</sup> O caso *Marbury v. Madison* é considerado como o precursor do controle de constitucionalidade, reconhecendo-se ao Judiciário a prerrogativa de invalidar atos dos demais poderes em abono à interpretação acerca de sua violação frente à constituição. Na demanda decidida pela Suprema Corte Americana e relatada pelo Chief Justice Marshall estava em jogo o embate político entre John Adams e Thomas Jefferson após a vitória eleitoral deste último ao cargo de Presidente da República. Diante dessa circunstância, Adams, no apagar das luzes de seu mandato, resolveu nomear vários correligionários para cargos importantes no Judiciário americano – apelidados, por isso de midnight judges –, o que levou Jefferson a negar reconhecimento as nomeações ao assumir o Executivo, provocando, assim, a judicialização do problema por um dos nomeados junto a Suprema Corte (Sampaio, 2002, p. 29-32).

pungente na crítica de Konrad Hesse, cuja referência se fez, por ocasião do trespasso do estado de direito para o estado constitucional, ao atribuir o status de norma jurídica ao que antes era havido como documento político.

Assim, a conformação e o cumprimento da lei em que lastreado o Estado de Direito, e sendo a própria constituição uma norma de caráter jurídico fruto da superação de seu viés exclusivamente político, serviu de base para conferir um alto status às regras constitucionais, e, por via de consequência, ao Direito Constitucional enquanto foro onde desenvolvidas as técnicas e demais soluções aptas a justificar essa postura.

Os Tribunais Constitucionais assumem, assim, a postura estratégica de única trincheira na defesa dos direitos fundamentais como manifestação de um estado democrático que só é possível acaso “guardado” o Texto fundamental.

Essa influência começa a ser sentida nas decisões judiciais expedidas nas mais variadas instâncias, a partir da exploração normativa de certas categorias em que a normatividade se manifesta com certo grau de abstração, segue seu curso com a implementação de novas categorias, como o “estado de coisas inconstitucional”, onde o STF explicitamente avoca o controle das políticas públicas e, por fim, se orienta no intuito de garantir um cenário no qual o precedente judicial deve servir como guia inestimável na compreensão e condução do Direito.

Apesar da constatação, até certo modo empírica, esses fenômenos devem ser analisados sob um aspecto crítico.

## **2.1 SOBRE AS CLÁSSICAS NOÇÕES DE “CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO”, “POLÍTICAS PÚBLICAS” E “RESERVA DO POSSÍVEL”**

A abertura do sistema não se dá apenas em função da compreensão contemporânea sobre a natureza da norma constitucional e ao cabo da alegada concretização de seus preceitos.

A norma jurídica, qualquer que seja o seu status, é composta de sinais linguísticos, e, como tal, está sujeita a uma variabilidade de significados decorrentes de sua própria estrutura. Portanto, não está necessariamente submetida à volição do seu órgão produtor (Kelsen, 1997, p. 391).

Esse grau de indeterminabilidade, que era puramente semântica no primeiro caso, também pode-se dar intencionalmente, ou seja, quando o “órgão emissor” deixa certa margem de atuação para que o “executor” a efetive, fechando assim o ciclo de progressão do geral ao particular, tratado por Hans Kelsen no capítulo VIII de sua obra seminal destinado à interpretação jurídica.

Em ambos os casos, o que interessa no âmbito de aplicação é que o operador promove, indiscutivelmente, uma atividade<sup>20</sup> que finda por “eleger”, dentre os vários significados possíveis, aquele a ser utilizado no caso.

Levando em conta o raciocínio kelseniano (Kelsen, 1997, p. 391), trata-se de um ato de escolha e, portanto, de natureza política por parte dos legitimados à tarefa, seja porque inexiste uma ordem prioritária entre as possibilidades abrangidas por aquele conteúdo semântico-normativo, seja porque não há também qualquer precedência justificável do ponto de vista científico quanto à eleição do método pelo qual o operador pode chegar

---

<sup>20</sup> Ao tratar da teoria da interpretação, Richard Posner (2007, p. 355-366) sugere, em função da grande quantidade de métodos, antes observar que tipo de texto é uma lei, qualificando-o em seguida como um comando. Neste aspecto, a sua expressão literal seria apenas um indício no qual subjaz a intenção de sua aplicação e que, por isso, sujeita-se a um propósito político – executá-la – e não epistêmico – conhecê-la.

àquela conclusão. Isso vem ao encontro do quanto conjecturado no âmbito do referencial teórico deste trabalho (Posner, 2007, p. 611).

Segundo o seu próprio formulador:

A questão de saber qual é, de entre (sic) as possibilidades que se apresentem nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. 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 leis as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

De certo que existe uma diferença entre esses dois casos, mas é uma diferença quantitativa e não qualitativa, e consiste apenas na vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador do Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas da Moral, normas de Justiça, juízos de valor social que costumamos designar por expressões como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer de sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do Direito positivo. Relativamente a este, a

produção do ato jurídico é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. (Kelsen, 1997, p. 393)

Com a citação, principalmente quanto à referência feita à moldura pela qual transita o órgão aplicador, há de se cogitar que, mesmo no âmbito de um positivismo clássico, a existência de um ativismo judicial é possível quando a tal contexto se associa a noção conceitual que equipara essa postura à tarefa os casos submetidos à apreciação diretamente dos preceitos e garantias com sede constitucional.

O problema surge, entretanto, quando o caixilho é muito largo, sendo justamente o caso do Texto fundamental, norma jurídica não só repleta de expressões plurissignificativas, mas também dotada de campos abertos deixados pelo legislador constituinte originário. Tal característica pode ser vista já no seu introito, ao discriminar, entre os princípios básicos da comunidade política brasileira, a “dignidade humana” e, dentre os seus objetivos, a construção de uma “sociedade livre, justa e igualitária”, por exemplo.

É nesta senda, aliás, que as “políticas públicas” se inserem, já que o Estado, com esteio ainda numa clássica compreensão do princípio da separação dos poderes, por meio da Administração, incumbido de cumprir tais promessas deve dispor dos mais variados canais e serviços. Alguns deles são discriminados na própria Carta Política, tais quais a saúde e a educação, “direito de todos e dever do Estado”, como descrito de maneira lapidar nos artigos 196 e 216, respectivamente.

Ao mesmo tempo, as normas programáticas que serviriam, dada a sua natureza, como diretrizes para a atuação daquele executor.

O que se tem, então, é uma associação do abstrato e do concreto, o primeiro identificado por estas e, o segundo, por aquelas, corroborando a

noção formulada pelo jusfilósofo alemão.

Assim, enquanto o legislador – neste caso o constituinte originário – estabeleceu as lindes normativas acerca da atuação estatal, seus objetivos e mecanismos institucionais, o aplicador – neste caso o administrador, seguindo a linha narrativa baseada na natureza típica das funções ainda presentes quanto à esquematização do poder político acolhido no artigo 2º da Constituição Federal – deve eleger os meios pelos quais alcançará aquela finalidade no plano de sua deliberação política.

O tema toma proporções maiores em função do aumento de volume do Estado, por ocasião da superação da matriz liberal em voga do século XVIII ao XIX, assumindo uma fisionomia social, predominante no século XX, identificada justamente pelo seu caráter prestacional, em que as “políticas públicas” se manifestam como razão de ser:

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 ao 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 da iniciativa individual, neste instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (Bonavides, 2011, p. 186)

A lista citada pelo constitucionalista cearense é sintomática pelo impacto causado por essa modulação de perfil do liberal para o social,

consistente não apenas no crescimento exponencial acerca das obrigações assumidas pelo Ente público, mas, sob uma perspectiva binária própria à linguagem jurídica, afinal trata-se de um “estado de direito”, de um incremento das prerrogativas para os ocupantes do outro polo dessa relação, como já referido nesta mesma seção no tocante à saúde e educação, “**dever**” do Estado e “**direito**” de todos.

O problema é que, apesar da eficiência eleita como princípio informador da função administrativa, prevista no artigo 37 do Texto fundamental, o Executivo, seu natural protagonista, vem notoriamente falhando na gestão equilibrada dos recursos suficientes para a prestação de serviço de qualidade.

Ora, a modificação do *status* das “políticas públicas” inseridas no contexto de um “Estado social”, como dito anteriormente, finda por permitir, em caso de “inadimplência” ou de defeito na sua prestação pela Administração, a possibilidade de cobrança por parte dos prejudicados que, na condição de portadores de um direito mitigado, buscam sua implementação compulsória em outra alçada.

É justamente aqui que a proatividade judicial se convola em ativismo e o pêndulo oscila do Executivo para o Judiciário quando se trata do Órgão ao qual as esperanças do cidadão são dirigidas.

Entretanto, o imbróglio que surge a pretexto de resolver um caso concreto resguardando-se um direito, que sob à ótica mencionada acima está agregado umbilicalmente às “políticas públicas” é que, inevitavelmente, aquela garantia observada apenas pelo ângulo individual do reclamante ostenta impacto mais abrangente do ponto de vista da efetivação. Lembre-se que no dispositivo transscrito linhas atrás, saúde e educação são direitos **de todos** e não apenas de quem conseguiu buscar a tutela judicial – via de regra, faltando ao decididor uma certa compreensão acerca dos impactos causados por sua decisão, gerando um círculo vicioso difícil de romper.

Na tentativa de contenção o elemento jurídico-argumentativo rotineiramente utilizado pela Administração nas causas em que demandada é o “princípio da reserva do possível”, construção dogmática que manifestaria os “limites fáticos” representados não apenas pela insuficiência, mas pela própria escassez dos recursos necessários a uma implementação universal dos direitos sociais (Batista Júnior, 2011, p. 284-285).

Sobre isto, duas observações são necessárias.

A primeira, pela forma com a qual o postulado é veiculado por quem deveria aproveitá-lo, normalmente restringindo-se a sua referência conceitual e, portanto, sob uma perspectiva abstrata e generalista.

Isso quer dizer que o Ente público demandado costuma mencionar, tão somente, que não dispõe de recursos suficientes para garantir. Por exemplo, na expectativa do sujeito que demanda um medicamento de alto custo em prejuízo da prestação do serviço e que tal circunstância, acaso acolhida pelo Judiciário, representaria um sério inconveniente no tocante ao desequilíbrio orçamentário, capaz de prejudicar os demais usuários do sistema público.

A este raciocínio agrega-se a escusa que se tornou a classificação referida linhas atrás acerca das normas programáticas em que assentada a pretensão.

Isso porque as regras em questão, como visto, por serem diretrizes, teriam sua eficácia não só diferida, mas aferida com o tempo, vale dizer, no exercício contínuo das políticas públicas e a par da consecução limitada à disponibilidade financeira. Em outras palavras, para o administrador fazer o que é possível fazer com o orçamento de que dispõe, seria suficiente para ver respeitado o comando normativo, não existindo, ante à alegada falta de excelência cobrada no Judiciário e acatada neste particular pelos magistrados.

Embora razoáveis, os raciocínios – especialmente aquele primeiro – padecem do mesmo defeito das decisões em função de sua intangibilidade, perdendo, também por isso, certo poder de convencimento, em função da ausência de dados empíricos que lhes deem suporte.

Tal postura facilita ao Judiciário contornar o ponto levantado, combatendo um generalismo com outro generalismo em um confronto que, além de inverossímil, não se mostra dialógico como muitos acreditam<sup>21</sup>.

Ainda nesse contexto, a força normativa da Constituição exsurge como explicação para afastar aquela noção ontológica, a fim de impor a compreensão de que as normas programáticas devem ser dotadas de efetividade quase que imediata.

O que se vê, a partir disto, é, mais uma vez, a ação de um Judiciário ativista de fato mais próximo da ação política já que pouco preocupado com a própria coerência na utilização da dogmática jurídica.

## 2.2 A EPÍTOME DA AÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO

Entre os elementos do tópico anterior, restou demonstrado como a atividade tentacular do Judiciário abrangeu não apenas a inércia do legislador, colmatando espaços ao aproveitar-se de uma característica própria das normas jurídicas, em maior grau daquelas que integram os princípios e objetivos discriminados na Constituição, mas também no espectro das “políticas públicas”, a propósito dos programas previstos pelo constituinte originário qualificáveis como dever estatal.

Ocorre que, neste último aspecto, porém, a “invasão” de competências, diferentemente do que se dá quanto ao Legislativo, manifestava-

---

<sup>21</sup> Barry Friedman é um dos expoentes americanos acerca dessa compreensão aplicada às Cortes constitucionais, defendendo a ideia de que existem contensões provocadas por círculos de influenciam com as quais tem que lidar, um deles os outros poderes (Mendes, 2011, p. 140).

-se apenas obliquamente, já que as decisões ocorriam de maneira pontual, apesar do grande volume de demandas associadas ao direito à saúde, por exemplo, decorrentes de reclamações individuais pela falha na prestação de um serviço público essencial. Isso atingia o planejamento e os órgãos encarregados somente por ocasião das particularidades dos casos que chegam a sua apreciação, e apesar dos potenciais efeitos sobre toda a população.

Isso muda, entretanto, com a importância do instituto do “estado de coisas constitucional”, figura forjada por meio de decisões da Corte Constitucional da Colômbia.

De acordo com um dos pioneiros na tratativa da temática ao abordar a atuação daquele tribunal:

Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional se depara com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado constitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial. (Campos, 2016, p. 96)

Como indicado no aporte, o ECI deve ser compreendido em um quadro de inércia do Poder Público a demandar alguma forma de resposta por parte do Poder Judiciário.

No caso brasileiro, é nesse contexto que, tradicionalmente, está inserido o mandado de injunção, dentre outros mecanismos legalmente es-

tipulados no tocante ao controle de constitucionalidade<sup>22</sup> (Campos, 2016, p. 37-46), muito embora esses institutos só guardem utilidade – ao menos em função da literalidade pela qual previstos na Constituição – para o caso de falha na atuação legislativa a impedir a fruição de direitos fundamentais.

Assim, faltaria uma ferramenta que permitisse ao Judiciário, quando o caso fosse o defeito no âmbito da condução das políticas públicas, uma ação mais assertiva a fim de pautar as lindes pela qual o problema deverá ser superado no âmbito da Administração.

Algo chama a atenção nesse aspecto. Não se trata de lacuna normativa e, por isso mesmo, abstrata, à qual o Terceiro poder sinta-se chamado a preencher, mas sim de uma conjuntura de fato onde se deve avaliar esse contexto de subjugação das garantias constitucionais<sup>23</sup>.

Ainda de acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 180-185), a constatação do “estado de coisas inconstitucional” pressupõe (i) “[...] uma violação massiva e continua de diferentes direitos fundamentais, que afeta um grande números de pessoas”; (ii) “[...] a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais”; (iii) “[...] no plano das soluções [...] a superação dos problemas de violação de direitos exigir a

---

<sup>22</sup> A Lei no 9.868/99, alterada pela Lei no 12.063/2009, prevê entre os artigos 12-A a 12-H a chamada “ação direta de inconstitucionalidade por omissão” cujo papel assemelha-se ao mandado de injunção, sendo dotada, como toda e qualquer medida do controle concentrado de efeito erga omnes.

<sup>23</sup> Não existem critérios para aferição da realidade consignados seja entre a Hermenêutica clássica, seja perante os métodos associados ao neoconstitucionalismo. Diferentemente do que ocorre entre as demais ciências sociais, no Direito, não há preocupação sensível no tocante a fixação de uma metodologia na averiguação dos fatos e apesar da estrutura legalmente exigida para a confecção das sentenças incluir um “relatório” no qual deveriam ser arroladas essas premissas, o magistrado, via de regra, restringe-se a narrar os argumentos levantados pelas partes e os atos procedimentais no curso da demanda. No entanto, o pragmatismo de matriz posneriana pressupõe uma “teoria econômica positiva”, estágio prévio e distinto da “teoria econômica normativa”, na qual são postos em prática os mecanismos de verificação apropriados da ciência econômica a fim de avaliar, por exemplo, o grau de eficiência das regras jurídicas em relação aos fatos a elas subjacentes no campo empírico (Posner, 2009, p. 31).

expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses”; e, por fim (iv) “[...] a potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais [...]”, produzindo um congestionamento da máquina judiciária”.

Os dois primeiros itens foram abrangidos pela conjuntura conceitual que se expôs a respeito do ativismo judicial, e o quarto contextualiza, ao menos em sua primeira parte, o quanto mencionado na parte inicial desta seção.

Resta, portanto, o terceiro requisito da construção dogmática a merecer uma atenção maior.

Ainda segundo a construção doutrinária, este elemento vem apoiado na atuação dos Tribunais que lançariam mão das “sentenças estruturais”<sup>24</sup>. No processo decisório, caberia ao magistrado, inclusive a fim de evitar um desvio de finalidade do próprio instituto<sup>25</sup>, uma verificação cuidadosa daquele status deficitário na condução da política pública que coloca em risco o exercício de garantias fundamentais.

Desta maneira, repise-se, não é qualquer adversidade suficiente para caracterizar o ECI, mas tão somente aquela que envolva uma complexidade de problemas que evidenciem uma falha estrutural do sistema, o que ensejaria, por consequência, a utilização de remédios dotados das mesmas características (Campos, 2016, p. 182-184).

---

<sup>24</sup> Conectadas aos “litígios estruturais” e ao ramo do “public law litigation” do Direito americano – que se assemelha à Tutela Coletiva do Direito Processual brasileiro – as “sentenças estruturais” se assemelham a um plano de ação no qual o magistrado não só estabelece as diretrizes necessárias para sublevar a ineficiência político administrativa, mas também redimensiona a própria estrutura institucional dos órgãos para tanto competentes (Campos, 2016, p. 188-189).

<sup>25</sup> Ao contextualizar o ECI em seu locus de origem, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 165) aponta um estágio de retrocesso do instituto influenciado por vários fatores, dentre eles, as disputas internas presente na própria Corte Colombiana, bem como pela tentativa de encampação de uma projeto de justiça material com suporte no seu papel institucional, fato que reitera sempre questionada legitimidade dessa atuação em detrimento das demais instituições políticas.

Esse raciocínio permitiria, então, divisar a atuação do magistrado, ao menos no campo da tomada de decisão, em dois momentos bem distintos – a execução da ordem seria um terceiro momento.

O primeiro relacionado à própria verificação da realidade em que se manifesta o “estado de coisas inconstitucional”. Já o segundo estaria associado à avaliação de quais mecanismos são suficientes para que seja debelado.

O problema é que os magistrados podem não ostentar as qualidades necessárias para proceder a essa verificação não só com o rigor necessário, mas com a técnica suficiente para discernir questões tão policêntricas sem cair no lugar comum cuja referência foi denunciada ao tratar-se do princípio da reserva do possível, sem falar na própria possibilidade de equívoco.

Em 2015, no Brasil, foi proferida uma decisão com base neste paradigma, a única até então, da lavra do Ministro Marco Aurélio por meio da Arguição de Preceito Fundamental no 347 – DF.

A medida foi proposta por um partido político após ser instado por um órgão de extensão da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, pugnando que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a calamitosa situação do sistema carcerário brasileiro, sua superlotação e a degradação dos custodiados, circunstância afrontosa aos direitos fundamentais dos apenados, requerendo, inclusive em sede cautelar, um conjunto de medidas capaz de minimizar o impacto da reiterada leniência do Poder Público.

Analizando o acórdão cujo acesso pode ser feito no sítio eletrônico do STF, observa-se que, quanto ao mérito, o relator destina um tópico intitulado “a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro”, a fim de traçar o cenário que corresponde, em termos dogmáticos, à verificação do problema em escala estrutural acima referida.

Ocorre que o trecho corresponde a apenas três das vinte e quatro

páginas dedicadas à integralidade de sua manifestação e que, se comparadas ao triplo daquelas reservadas ao discurso relacionado ao papel institucional do STF, parecem de fato insuficientes para demonstrar um cuidadoso diagnóstico que prepare a “intervenção” nas políticas públicas acerca da matéria.

Entretanto, fazendo justiça ao ministro, mesmo nesse curto espaço, há referência a dados estatísticos provenientes de Comissão Parlamentar de Inquérito e do Conselho Nacional de Justiça relacionados ao déficit de vagas e aos variados problemas enfrentados pela comunidade carcerária, conforme relatado à Clínica de Direitos da UERJ.

Mas a constar dos parâmetros dogmáticos cuja exigência fez-se questão de pontuar, isso continua não aparentando aptidão para explicitar o grau de comprometimento estrutural de todo o sistema carcerário brasileiro. Afinal, trata-se de dirigir um conjunto de obrigações e atividades a serem encampadas não só por outro Poder da República, mas por todas as unidades que compõem a federação e que, em função disso, veem sua autonomia refreada por um único Órgão.

Como dito acima, pautado pelo primeiro, o segundo elemento demanda a criatividade do julgador quanto às soluções que devem ser aplicadas ao problema.

No caso concreto, a inicial da medida proposta, como se vê no relatório do julgamento, pretendia o acolhimento de oito medidas cautelares e, no mérito, de dez ações a serem impostas, dentre elas, obrigar a União a efetuar, no prazo de três meses, um plano nacional visando à superação do problema, a ser submetido e homologado pela Corte; alternativamente, a confecção de soluções complementares – sem especificar quais seriam – pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sendo acompanhadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Curiosamente, apesar de reconhecer o estado de coisas inconstitucional tal como também solicitado, e considerando a pendência de medidas normativa, administrativa e orçamentaria que indicariam a falência do sistema prisional, o Tribunal só deferiu duas medidas cautelares dentre tudo o que foi requerido, sendo uma direcionada ao próprio Poder Judiciário, a fim de obrigar os juízes singulares à realização de audiências de custódia imediatamente, e a outra proibindo a União de fazer novos contingenciamentos no fundo penitenciário.

Acaso houvesse ido além, inclusive estabelecendo alternativas àquelas providências fixadas na inicial da ADPF, ou mesmo no caso da provável autocontenção, importa considerar aquela terceira etapa tão relevante quanto à própria declaração do ECI e a estruturação das soluções para a superação do quadro.

O alerta é feito ainda segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 208-210):

Considerados, conforme descrito, o alcance das sentenças estruturais, a complexidade das ordens emitidas, a interferência sobre as ações dos poderes políticos e sobre os interesses de diferentes grupos da sociedade civil, e as sérias implicações orçamentárias, surgem, normalmente, dificuldades para sua implementação. Essa circunstância requer que a corte “retenha jurisdição durante a fase de execução” devendo criar “esquemas de monitoramento que se tornam os [seus] ‘olhos e ouvidos’ durante o processo de implementação”.

[...]

Portanto, a retenção da jurisdição pelas cortes no caso dos litígios estruturais, de forma a monitorar a fase de implementação das medidas, possui a virtude de aumentar as chances de sucesso da intervenção judicial, além de melhorar a deliberação social em torno dos temas relevantes. Além do mais, o monitoramento deve oferecer às cortes elementos necessários para que essas possam avaliar o momento em que superadas as condições de inconstitucionalidade que as levaram a decretar a intervenção es-

trutural. As cortes não podem, por motivos óbvios, manter eternamente a vigilância sobre o caso, muito menos assentar o ECI como realidade permanente.

Não bastasse o grande número de competências primitivamente atribuídas ao STF por meio dos três dispositivos que qualificam o Tribunal não apenas como constitucional, mas também como instância recursal e originária comum, aquelas assumidas pela Corte por meio de uma atuação ativista, entre elas a prerrogativa de usar esse mecanismo de decisão (Campos, 2016, p. 187) impõe a assunção de um conjunto de providências não imaginadas, o que beira a ineficácia ou mesmo a irresponsabilidade.

Prova disso é que as leis que tratam dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade – dentre eles a própria ADPF ou mesmo a ADI por omissão, onde eventualmente o reconhecimento do ECI poderia ser veiculado – não contemplam como essa “jurisdição supervisora”, para usar uma outra expressão cunhada dogmaticamente (Campos, 2016, p. 167), pode ser contemplada, ficando a cargo das próprias conjecturas na decisão, o que parece uma afronta à própria noção de “estado de direito” que se assenta, dentre outros preceitos, no princípio da legalidade ou mesmo no devido processo legal.

## 2.3 COMMON LAW À BRASILEIRA

Lição clássica nas disciplinas propedêuticas do Direito consiste em distinguir dois grandes sistemas sobre os quais se assenta a experiência jurídica nos mais variados ordenamentos, congregando-os ao Civil Law ou ao Common Law, quer se trate, numa visão bem superficial, de apego à lei ou ao costume, demonstrando que critério epistemológico utilizado se centra na procedência da fonte normativa.

No caso do “sistema de precedentes”, normalmente associado à segunda tradição acima apontada, a norma jurídica é produzida a partir do caso concreto, por ocasião da atividade jurisdicional, privilegiando, portanto, o método indutivo (Odahara, 2010, p. 54).

Já em relação ao “sistema estatutário”, o Legislativo precede ao Judiciário, criando o direito a partir de um procedimento definido na Constituição como circunstância fundante de sua própria razão de ser. Neste caso, apresenta-se o método dedutivo nesse ambiente nomogênético, pois imagina-se o padrão de uma conduta no âmbito geral para depois aplicá-la ao particular, normalmente através do critério silogístico (Bobbio, 2006, p. 41).

Se antes, em um contexto liberal de Estado o Judiciário dos países vinculados ao sistema estatutário restringia sua atuação à solução de casos concretos sem que se pudesse antever uma atuação puramente criadora no exercício de sua função típica, hoje, como pontuado nas seções precedentes, essa configuração mostra-se, no mínimo, ultrapassada do ponto de vista do maior afrouxamento sobre a sua missão institucional.

O que se busca ressaltar, com o influxo dessa visão alimentada, ao menos no que tange à usual retórica haurida em um contexto antiformalista, é a autorização para que os julgadores possam, portanto, interpretar e aplicar o direito para além daquela moldura preconizada por Hans Kelsen, que buscava representar o limite entre as atividades típicas do julgador e do legislador, fazendo com que o primeiro termine por estabelecer pautas que, em verdade, inserem-se no campo da política do direito, competência antes normalmente exercida pelo segundo.

Dito de outra maneira, o que antes era havido como processos distintos ou até mesmo antagônicos, passam a ser compreendidos

como semelhantes ou complementares, nos exatos termos da constatação feita por Mauro Cappelletti (1999, p. 20):

Quando se diz – como faz o “Chief Justice” Barwick, para citar apenas um exemplo recente – que a expansão do direito legislativo, no estado moderno estendida a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário, subente-se obviamente a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito está ínsito um certo grau de criatividade.

No Brasil, esse panorama começou a fazer-se notar por meio da atuação judicial no contexto das matérias relacionadas às políticas públicas, como destacado na seção precedente, “aprimorando” a noção de normas programáticas e rechaçando o argumento da reserva do possível.

Essa preponderância assumida pelo Terceiro Poder, seja na instância inferior, seja na cúpula e o papel que esses julgados têm desempenhado no campo político social, tem sido entendida como uma aproximação ao sistema de precedentes:

A partir do século XX observa-se uma sensível aproximação entre as tradições de Common Law e de Civil Law. Vivencia-se, por um lado em especial nos países do Civil Law, uma perda da centralidade do Código, modelo por excelência da modernidade jurídica, no qual o direito estava preso a uma formulação estatal prévia e acabada. Caminhou o direito, diante de evidentes transformações sociais e tecnológicas, a própria Civil Law, para uma conformação mais adequada às reclamações sociais.

Também é responsável por essa aproximação a emergência do constitucionalismo contemporâneo, cujo per-

fil assenta-se na inclusão, do ponto de vista material, de elementos normativos diretamente vinculados a valores e opções políticas fundamentais. (Drummond; Crocetti, 2010, p. 48)

Ocorre que, em um complexo dessa natureza, tal como compreendido no âmbito da tradição anglo-saxônica, a preocupação está propriamente associada à noção de que casos iguais devem ser decididos da mesma maneira (Souza, 2008, p. 41), o que termina por desembocar no exercício pragmático da atividade do julgador ligado que está ao *stare decisis*.

Assim, todo o arcabouço está justamente em encontrar essas similitudes, fazendo com que a adesão ao precedente ocorra em função da autoridade do argumento e do poder de convencimento que surge da motivação presente na sentença que lhe serve de base<sup>26</sup>.

Entretanto, no Brasil, não é bem assim que acontece<sup>27</sup>, já que essa “adesão” opera tão só no plano institucional. A esse respeito, o artigo 103-A, incluído na Constituição Federal à época da reforma do judiciário.

A súmula vinculante e, em especial, a respectiva reclamação prevista no parágrafo terceiro desse dispositivo têm a função de restringir o alcance da atuação da judicatura nas instâncias inferiores ou das entida-

<sup>26</sup> A validade do raciocínio é comprovada pela previsão de mecanismos que se associam ao próprio sistema quando constatada, por exemplo, a necessidade de não aplicação de um precedente a um caso potencialmente semelhante. Nessa circunstância, o magistrado deve expor todos os fatores peculiares do caso, sendo por isso mesmo doutrinariamente denominado de *distinguish*, e que encontra referência no Código de Processo Civil no artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI. Além disso, o mesmo CPC considera desmotivada e, portanto, passível de nulidade, qualquer decisão que se limita a “invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

<sup>27</sup> A discussão sobre os razoáveis pontos distintivos do sistema de precedentes que vem se estabelecendo no Brasil é referenciada no artigo APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO CONTEXTO BRASILEIRO: uma análise crítica a partir do instituto da súmula vinculante, publicado nos anais do V Congresso da ABRASD. (SANTOS, Bruno Calife e BARROS, Cláuber, 2014, p. 1.706/1.717) Disponível em: [https://docs.wixstatic.com/ugd/203511\\_b7060c02cce54d20b75e-7be2794a7188.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/203511_b7060c02cce54d20b75e-7be2794a7188.pdf), acesso em 02/03/2019)

des administrativas, na medida em que torna obrigatória a reprodução das razões de decidir uma determinada matéria de acordo com o enunciado proposto pelo STF e torna, assim, padronizada a compreensão de determinada norma jurídica ou ato regulamentar.

Em função da finalidade que se pode extrair da própria redação do dispositivo, parece, de fato, estar-se diante de uma aproximação do ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente ligado à tradição romano-germânica ao sistema de precedentes típico do common law, já que agora o Supremo Tribunal Federal pode fixar um padrão normativo que exsurge da atuação da Corte na análise de casos concretos no âmbito de sua competência recursal.

Uma análise mais crítica mostra que não é bem isso que acontece.

Veja-se que a razão inspiradora das reformas constitucionais e infraconstitucionais – do qual o novo Código de Processo Civil é a epítome – esteve relacionada ao princípio da celeridade processual e não propriamente aos valores que informam a sistemática adotada nos países de tradição anglófona.

A crítica sempre corrente a respeito da morosidade no exercício da atividade judicial é muitas vezes atribuída ao grande volume de recursos – entendido no aspecto técnico-processual –, que protelam o andamento do procedimento, consequência de uma alta quantidade de demandas ajuizadas, uma vez que no Brasil é enorme a facilidade de acesso ao Poder Judiciário.

O argumento acima é ainda corroborado quando se tem em conta um contexto de litigiosidade de massa, ou seja, quando se tratam de “[...] ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para resolução da causa” (Theordoro Júnior et al., 2015,

p. 324).

Muito embora se possa discutir sobre a razoabilidade dessa solução, uma vez que é natural ao processo o ônus relacionado ao tempo, existindo, de fato, demandas que precisam de uma cognição pela sua própria natureza mais profunda e, assim, demorada, o fato é que a existência de um paradigma já estatuído em súmula vinculante ou qualquer instituto congênero economizaria o prazo de discussão, ao permitir que o juiz de primeira instância decida peremptoriamente; Aderir aos precedentes emanados do STF permitiria uma racionalização do exercício da jurisdição, retornando-se ao ponto de partida acerca da valorização do princípio da celeridade processual, fato que destoa daquele elemento valorativo fundante nos países cuja tradição se apega ao common law.

Outra questão menos evidente aponta também para uma peculiaridade na construção de um sistema de precedentes à brasileira.

No que se pode chamar de sistema clássico, a adesão ao precedente por um decididor se dá no minucioso escrutínio do caso *sub judice* àquele que serve de paradigma, inclusive acerca da existência das mesmas características **de fato**.

Já no Brasil, a atenção dos órgãos inferiores é dirigida ao verbete produzido pelo STF, formalizado após o procedimento previsto na Constituição, na Lei no 11.417/2006, que regulamentou o seu artigo 103-A, e no próprio Regimento Interno da Corte, entre os artigos 354-A a 354-G.

Observe-se que o próprio STF, ao editar o verbete, realiza-o da forma tradicional, como já acontecia em relação às sumulas que não ostentam esse caráter.

Para tanto, extrai do julgamento o entendimento jurídico sobre o tema, formatando um padrão que se manifesta no enunciado de súmula e que delimita as lindes de um instituto jurídico.

Isso significa estabelecer um padrão normativo cuja natureza se aproxima mais da lei do que propriamente do *stare decisis*, demonstrando, dessa maneira, que a Corte Constitucional assume um papel similar ao do legislador, e, portanto, associável à noção já delimitada que identifica o ativismo judicial com a encampação das atividades típicas dos outros Poderes.

### 3 HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Conforme prefigurado, o protagonismo judicial foi alcançado na apropriação de espaços, veiculado a partir da ideia de que cumpre ao Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição, o que por sua vez é realizado por ocasião da decisão de casos submetidos à sua apreciação, momento em que o operador se debruça sobre o ordenamento por meio da atividade interpretativa.

Se o raciocínio se mostra verdadeiro, o esforço agora deve ser canalizado para a questão hermenêutica e de sua construção.

O Código de Processo Civil, precisamente em seu artigo 489, lista os três componentes essenciais que uma sentença – os quais se aplicam às decisões colegiadas nos tribunais por meio de uma interpretação extensiva – deve possuir: relatório, fundamentação e dispositivo,

Para o primeiro “os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”; quanto ao seguinte, a análise sobre as questões de fato e de direito; e, para o último, o locus onde o magistrado finda por resolver as questões que lhe foram submetidas.

Essa estrutura fundamental que condiciona a validade do ato processual demonstra, ao menos implicitamente, que o raciocínio exposto por ocasião dessa atividade tem natureza dedutiva, principalmente em um sistema no qual o brasileiro se insere, onde a “lei” ostenta a precedência em relação as outras fontes normativas, como sugerido no artigo 4º da Lei de Introdução as normas do Direito brasileiro.

Entretanto, advoga-se a tese de que nem todos os casos submeti-

dos à jurisdição sujeitam-se a uma metodologia tão simplificada, sendo a este respeito ilustrativa a distinção operativa formulada por Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 159) que, após catalogar as posições extremas que rejeitam ou aceitam tão só a existência de casos fáceis e difíceis e por consequência a negação completa ou não da dedução, finda por eleger uma posição intermediária, dizendo o seguinte:

Entendemos que a terceira posição é mais aceitável, já que não ignora que a maioria dos casos é dedutivamente resolvida (casos fáceis), e como exceção existem dificuldades normativas ou fáticas, ou ainda no processo lógico que habilitam resolver com base na argumentação jurídica (casos difíceis). De outra parte, não nega a necessidade de se reconstruir uma matriz estratégica que ordene a interpretação em graus diferentes: os casos fáceis são resolvidos mediante a dedução das regras;

- os casos difíceis devem utilizar princípios para informar a discricionariedade;
- os paradigmas constituem guias políticos que requerem a compatibilização dos modelos no marco da ordem social.

Essa sequência não implica uma subordinação dos princípios às regras, mas uma sucessão argumentativa no raciocínio legal.

É neste *locus* que incide uma sutil questão reverberada pelo caráter distintivo das normas constitucionais, legadas pelo predomínio da tradição neoconstitucionalista<sup>28</sup> que aqui se instalou e à qual se associa uma ontologia das matérias submetidas à análise da respectiva jurisdição, como indicado pelo autor supracitado.

---

<sup>28</sup> A expressão, cunhada por constitucionalistas espanhóis, foi absorvida no Brasil, segundo Lenio Streck (2017, p. 67) como amálgama da Jurisprudência dos valores “e suas derivações axiologistas, temperada por elementos provenientes da ponderação aleyxana”.

Isso implica a dissociação entre uma hermenêutica, agora havida como clássica, que dispõe sobre os métodos gramatical, histórico, sistemático e da livre-pesquisa, e uma de caráter especializado, não à toa também presente nos domínios daquela mesma dogmática constitucional apropriada pelo moralismo jurídico e preenchida pelo mais variado conjunto de técnicas, entre as quais a ponderação de interesses como uma das mais emblemáticas.

Esse manejo da atividade interpretativa no âmbito do ativismo judicial é explorado nas seções seguintes, seja para constatar um completo voluntarismo por parte da Corte suprema, de onde algumas questões são sindicadas, à exemplo da guinada nada ortodoxa ao modificar a compreensão sobre determinados institutos como se deu com o mandado de injunção, seja para comprovar que a utilização desses elementos servem a uma atuação política e não propriamente técnico jurídica, como se observa com a formatação da técnica da “mutação constitucional”.

### **3.1 A CAIXA DE PANDORA: A COMPREENSÃO DO STF ACERCA DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

Se o estudo nos tópicos anteriores acerca do protagonismo judicial não foi suficiente para demonstrar sua encampação pela Corte Suprema, uma abordagem do percurso acerca do entendimento do Tribunal sobre os efeitos do Mandado de Injunção pode eliminar de vez essa impressão.

Naquele momento, a verificação recaiu sobre seu papel institucional – entre os extremos da esporádica tensão entre o STF e os demais Poderes na república velha e a autopropaganda prerrogativa da gerência direta sobre políticas públicas, com a importação do “estado de coisas inconstitucional” no século XXI.

De acordo com o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, o remédio constitucional em questão se destina “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A literalidade da disposição mostra que a atuação do Judiciário, em especial do STF, por ocasião da competência originária prevista na alínea “q” do inciso I do artigo 102, a fim de suceder o Legislativo, está autorizada no Texto Fundamental, muito embora dentro desse espectro limitado traçado por ocasião da fundação do novo Estado brasileiro.

A norma indica que o legislador constituinte originário fixou um mecanismo de proteção de cláusulas fundamentais por ocasião do pacto político que se instaurou com a nova república, garantindo os seus destinatários frente a eventual e imotivada inércia no exercício da competência do legislador ordinário.

Complementando o parágrafo anterior, veja-se que o referido instrumento só tem razão de ser, conceitualmente falando, na medida em que permite a atuação nesse contexto, ou seja, no exercício “atípico” da função judicial, apontando para uma ação paralela no sentido de integrar a Constituição através de uma atividade regulamentar conferida a quem, primariamente, só ostenta a capacidade de decidir litígios.

Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, abonando uma dubiedade doutrinária acerca da natureza dessa ação<sup>29</sup>, ressentia-se dessa

---

<sup>29</sup> Essa disputa pode ser bem exemplificada nas posturas extremas defendidas na Corte pelo então Ministro Moreira Alves e pelo Ministro Gilmar Mendes. O primeiro, adotando uma visão bastante apegada a noção de “legislador negativo” defendia peremptoriamente não caber a Corte estabelecer diretrizes normativas a fim de preencher eventual omissão do legislador constituinte. O segundo, não só reconhecia a validade dessa hipótese, como admitia a possibilidade de estender não só à parte impetrante do mandado de injunção – portanto perante o caso concreto – mas de maneira ampla e irrestrita para todos os cidadãos que se encontrassem em situação semelhante. No aspecto processual, tratam-se dos efeitos declaratórios – apenas reconhecer a mora legislativa – e constitutivo-geral respectivamente. (Campos, 2013, p. 578-582)

atribuição justamente ao valorizar a compreensão orgânica decorrente do princípio da separação dos poderes, negando a ele próprio estabelecer as lindes pelas quais a concretização do direito fundamental poderia ser gozada pelo titular. Essa tarefa, portanto, era atribuível ao Parlamento, sendo possível à Corte, apenas, o reconhecimento da denominada “mora legislativa”, fato constatável por meio do paradigma fixado em questão de ordem no Mandado de Injunção no 107-3 DF.

O tema voltou ao debate por meio do MI no 283-5 DF, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

A demanda tramitou na Corte em 1991, apenas um anos depois do outro feito em que assentada a tese “não concretista” (Fernandes, 2011, p. 16), como ficou conhecida a noção acerca do entendimento da Corte sobre a natureza dos efeitos desta ação, versando sobre o direito à reparação econômica aos prejudicados pela cassação profissional realizada à época do regime militar por atos administrativos reservados, prevista no artigo 8º parágrafo 3º do ADCT, pendente de regulamentação por lei complementar.

De acordo com que se lê no voto condutor, o Ministro lamentou a ausência de elementos capazes de suprir a omissão constitucional, para concluir pela declaração de mora legislativa, manifestando sua confiança de que o Congresso Nacional, em função disto, supriria a omissão.

O mais interessante neste julgado, porém, aparece no aditamento que o relator fez ao seu voto.

Fazendo referência ao vaticínio do Ministro Paulo Brossard – um conhecido defensor da “tese concretista” – acerca das modificações no pensamento jurídico influenciadas pelo decurso do tempo e das necessidades sociais, findou por avançar no sentido de apresentar um meio termo entre a ineficácia representada pela noção então dominante e uma postura amplamente garantista, no sentido de permitir erga omnes pela via injuncio-

nal o direito vindicado tão somente a partir da atuação da Corte, e que o Ministro Celso de Melo, por ocasião de seu voto no referido MI no 107-3 DF, denominou de “*anômalo desempenho de funções normativas*”.

Nesse contexto, ficou reconhecido o acautelamento da prerrogativa exclusivamente àquele que manejou o remédio constitucional, acaso superado o prazo consignado pelo STF para que o Congresso Nacional, ciente da mora incorrida, sanasse a omissão, sustentando o relator que tal circunstância seria a mais adequada a fim de combater a “recalcitrância” do legislador<sup>30</sup>.

Em outro capítulo similar da análise do mandado de injunção no 721-7 DF, o caráter subjetivo do remédio constitucional foi realçado pelo Ministro Marco Aurélio, a fim de distinguir a hipótese de omissão sanável pela via do controle concentrado de inconstitucionalidade por omissão, cuja consequência se assemelhava àquela já aludida ao mandado de injunção no tocante a mora legislatoris, demonstrando, portanto, a existência de duas ações dotadas da mesma finalidade e distinguindo-se apenas pela natureza da análise de validade.

Nesse contexto, a ação supletiva do STF, nas palavras do relator, “não há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com a atividade do Legislativo”, retórica apropriada a sinalizar a deferência ainda dada pela Corte ao princípio da separação dos poderes.

De forma um pouco mais sofisticada, o Ministro Eros Grau, na ocasião, fez duas observações em seu voto, na esteira do que pode ser lido como um sinal de superação desse entendimento.

Na primeira, com apoio na filosofia jurídica e na teoria geral do

---

<sup>30</sup> Tal solução só poderia ser levada à cabo adotando-se uma postura afirmativa no sentido de expedir o comando normativo a fim de viabilizar o exercício do direito pendente de regulamentação por todos os indivíduos eventualmente sujeitos àquela circunstância (tese concretista geral) ou somente àqueles que haja impetrado o remédio constitucional (tese concretista individual). (Fernandes, 2011, p. 13)

estado, procurou distinguir, sob o gênero “função estatal”, uma “função legislativa” de uma “função normativa”, para concluir que esta última compreende aquela outra, sendo exercida por todos os Órgãos integrantes do Estado e, no caso do Judiciário, justamente na hipótese do mandado de injunção, ao estabelecer o padrão pelo qual o direito fundamental ausente de regulação legislativa poderá ser exercido pelo seu detentor.

Quanto à segunda, e na esteira do mencionado no parágrafo anterior, o vogal afasta o critério institucional ou orgânico classicamente considerado na aferição do princípio da separação dos poderes, para em seu lugar colocar o critério material como mais satisfatório para caracterizar as funções estatais.

Essa compreensão pode ser lida como um sinal de concretização do presságio a que deu conta o Ministro Sepúlveda Pertence, operando-se definitivamente por meio da guinada jurisprudencial realizada no julgamento dos Mandados de Injunção nos 670, 708 e 712-7 DF.

As ações versavam todas sobre o exercício do direito de greve pelos servidores públicos, clássico exemplo de direito fundamental pendente de ação legislativa, o que inviabilizava essa modalidade de pressão.

Uma delas foi relatada pelo Ministro Eros Grau, que já denotava a possibilidade de encampação da “tese concretista” a fim de garantir o direito de greve, utilizando como paradigma a Lei que regulamenta a matéria para a iniciativa privada.

Emblemática, porém, foi a manifestação do decano da Corte em seu voto ao expressar que *“não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis - a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreen-*

*sível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”, referindo-se ainda ao papel do mandado de injunção ao laurear a iniciativa do relator da matéria que “não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis”.*

Curiosamente, foi o mesmo Celso de Mello que, cerca de dezenove anos antes, havia taxado de exótica qualquer atuação no sentido de proceder o Supremo Tribunal Federal à uma ação normativa similar àquela exercida pelo Parlamento.

A única explicação possível para essa “correção” de prumo não está propriamente no aspecto jurídico da controvérsia, mas sim no político, como, aliás, deixou claro o Ministro em outra passagem de seu voto ao mencionar que “[...] esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido”.

### **3.2 “MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL” EM PERSPECTIVA**

O diagnóstico sobre um protagonismo judicial – como se tem discriminado até aqui – pode ser realizado por meio de uma simples verificação das inúmeras prerrogativas atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, levando em conta a função precípua da Corte no tocante ao judicial review, ambiente propício, como visto, para a proliferação de atitudes políticas travestidas de discussão eminentemente jurídica.

Assim, a ação de declaração de inconstitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade, a declaratória de constitucionalidade por omissão, a reclamação, a arguição de descumprimento de preceito fundamental,

o recurso extraordinário<sup>31</sup>, o mandado de injunção e súmula vinculante, cada qual dentro de suas peculiaridades são canais pelos quais o STF vem moldando a cena político-social.

Grosso modo, são institutos em que sua atuação se pauta na verificação de adequação de normas infraconstitucionais com base numa análise abstrata e, via de regra, circular acerca dos preceitos contidos na Carta política, lastreada também em uma variada gama de métodos de interpretação criados exclusivamente com este fim e já criticados em seção precedente.

Embora já assentado que o controle por meio desses mecanismos possa recair sobre as emendas constitucionais, cuja função consiste em alterar substancialmente os dispositivos da Constituição, agindo no tradicional papel de “legislador negativo”, a Corte suprema também tem intentado plasmar a própria Constituição, dando fisionomia diversa aos elementos ali contidos.

Classicamente, tal papel remanesceria – assim como ocorre com a inovação do ordenamento jurídico inferior – ao Parlamento, que, na condição de constituinte derivado, pode promover a alteração de seu texto por meio das emendas constitucionais, espécie normativa constante no rol do artigo 59 da Constituição Federal brasileira.

É possível conjecturar ao menos duas finalidades precípuas acerca da necessidade de modificação do conteúdo do Texto fundamental.

Toda norma jurídica está sujeita às intempéries do tempo e, levando em conta a dinâmica social, fadada ao anacronismo, circunstância que

---

<sup>31</sup> A priori, os efeitos da espécie recursal deveriam atingir tão somente os evolvidos no litígio. Entretanto, a reforma constitucional e, por via de consequência, a alteração do CPC/1973, mantida no atual Código de Processo, ao exigir, como pressuposto de admissibilidade da medida, a chamada “repercussão geral”, traduzida no impacto econômico, social ou político acerca para a análise, demonstra como a Corte ampliou seu próprio raio de influência, manifestando uma compreensão institucional pretensiosa de si mesma e corroborando o argumento de Ingeborg Maus (2000, p. 201) no conhecido artigo que trata.

conduz ou à sua revogação ou à sua adequação às novas vicissitudes.

Paradoxalmente, no âmbito constitucional, parecer ser justamente isso que garante a sua sobrevivência (Botelho, 2011, p. 13), demandado do constituinte derivado a sensibilidade em avaliar o momento certo para que se proceda a essa transformação.

Se a atuação do Legislativo brasileiro em muitos casos se manifestou negligente, sendo suprida, como vimos, por meio daqueles institutos manejados pelo STF, é possível afirmar que também em relação à própria norma fundamental isso possa ocorrer, fato recrudescido pela dificuldade do processo legislativo neste particular.

É justamente aqui que mais outro mecanismo foi imaginado a fim de monopolizar<sup>32</sup> o domínio deste cenário, agora direcionado à própria variação dos dispositivos constitucionais por excelência, a cujo título essa subseção faz referência: a mutação constitucional.

O instituto, segundo conceito corrente, estaria associado ao processo de modificação informal da Constituição, já que o formal se revela na prática daquele procedimento legislativo.

Segundo Nadja Machado Botelho (2011, p. 25) em monografia específica sobre o tema:

As mutações constitucionais se produzem quando a normatividade constitucional se modifica em razão da realidade político-social, que, sem afetar o texto, transmuda o seu conteúdo. A mudança informal ou mutação constitu-

---

<sup>32</sup> A propósito, observe-se a questão da aplicabilidade do inciso X do artigo 52 da Constituição brasileira que prevê a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, suspendendo, eventualmente, a aplicabilidade de lei considerada inconstitucional pelo STF por meio do controle difuso. Trata-se de um mecanismo capaz de ampliar os efeitos de uma decisão proferida em recurso extraordinário a outros indivíduos que não apenas aqueles envolvidos na questão como maneira de racionalizar o judicial review, apesar de nunca utilizado nesses trinta anos de vigência. Neste caso, A Corte vem entendendo que se operou mutação constitucional no sentido de considerar dissonante no âmbito do moderno controle de constitucionalidade principalmente por uma ultrapassada compreensão do princípio da separação dos poderes (Botelho, 2011, p. 156-164)

cional deriva da incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, com a constante superação do sentido originário atribuído à norma que busca complementação, através da interpretação integradora. - os paradigmas constituem guias políticos que requerem a compatibilização dos modelos no marco da ordem social.

Interessante notar a sutileza – apesar do grau de impacto que isso provoca, já que se trata de uma mudança no aparato normativo mais importante do ordenamento jurídico – pela qual o instituto se manifesta: a troca de sentido atribuído a certo instituto, ou seja, por meio da “interpretação” realizada pela Corte constitucional que, ignorando a conformação original ou anterior acerca de determinado postulado, opta por colocar outra em seu lugar.

Como se disse, tal circunstância seria consequência das transformações sociais que empurram o intérprete a diagnosticar a necessidade de alteração do texto sob análise, prerrogativa literalmente chancelada pela STF<sup>33</sup>.

Entretanto, se o legislador constituinte derivado encontra os mais explícitos obstáculos em sua atuação, consoante o artigo 60 da Constituição, o STF parece não se ver tão impedido, como bem demonstrou a saga ainda pendente de solução acerca da compreensão do Tribunal sobre a possibilidade de execução provisória da pena aos condenados em segunda instância<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Em seu sítio eletrônico, o Tribunal coloca à disposição dos operadores uma “Constituição comentada” sob o epírito “A Constituição e o Supremo”, apondo verbete sobre o caput do artigo 102 no qual menciona literalmente que “no poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a\\_constituicao\\_e\\_o\\_supremo\\_6a\\_edicao.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_6a_edicao.pdf) (Acesso 25/02/2019)

<sup>34</sup> Em descompasso entre o CPP e a Constituição Federal de 1988, logo após a sua promulgação, o

A Doutrina, porém, vem paralelamente contribuindo, a fim de sistematizar o instituto, ao discriminar algumas limitações, muito embora essa atitude redunde em uma tentativa de legitimar a ação modificadora por esta via e que se manifesta por uma certa autocontenção<sup>35</sup>.

Ainda segundo aquela autora (Botelho, 2011, p. 33-41), os limites estariam jungidos (i) à verdadeira constatação acerca de uma modificação social capaz de gerar a inadequação entre a realidade e a norma que a regule; (ii) aos limites semânticos do texto interpretado; e (iii) ao respeito ao espaço que se pode reformar, tendo em vista que a interpretação transformadora não pode – paralelamente ao disciplinado pelo artigo 60 da Constituição – tender à abolição do núcleo duro dos direitos fundamentais e das cláusulas pétreas da Carta Política.

O problema, entretanto, é que tais parâmetros ou são inócuos ou desnecessários do ponto de vista lógico-teórico.

Quanto ao primeiro, padece a literatura neoconstitucional de uma metodologia ou procedimento transparente e eficiente a ser disponibilizado ao decididor para que chegue ao diagnóstico sobre o descompasso entre a realidade social e a norma constitucional passível de mutação.

Levando em conta as próprias conjecturas da justificativa ensaiada, o magistrado, no mínimo, haveria de se debruçar em uma análise sociológica e histórica do contexto sob o qual decide, a fim de constatar a idiossincrasia e optar pela modificação na compreensão do instituto, objetivando garantir-lhe a sobrevida.

---

STF admite a possibilidade de prisão após decisão de segunda instância, entendimento modificado em 2009 quando do julgamento do HC 84.078 e mais uma vez em 2016 por ocasião do HC 126.292. Nova discussão sobre o tema já está agendada para abril de 2019 quando o plenário discutirá duas medidas cautelares em ADC e um agravo em recurso extraordinário.

35 Uma dessas tentativas está associada a visões neotradicionalistas sobre o direito e as quais Richard Posner (2007, p. 592-593) engloba sob o termo “prudencialismo”. O problema, como alertado pelo autor, é que essa postura de autocontenção “[...] se trata mais de um estado de espírito do que um método de análise”.

Neste ponto, vale a crítica posneriana (2007, p. 339) a respeito da pouca ou nenhuma capacidade dos profissionais de direito neste sentido, dentre outras coisas, representada pela falta de percepção empíricas em um aspecto sociológico, o que aponta para a temeridade da prática, principalmente quando se observa que a mutação constitucional se revelará tão somente pelo processo de motivação contida na decisão, bastando a sua coerência interna, fato que não se compara nem de longe aos critérios que dificultam o processo legislativo quando o interesse em alterar recai sobre o Parlamento.

Se isso não fosse suficiente, veja-se que a fundamentação justificadora para um viés mutacional e, portanto, legitimante está atrelada à “evolução” social constatada como resultado daquela verificação empírica que precisa ser acompanhada e demonstrada pela Corte Constitucional, adequadamente à noção que se tem sobre a matéria no arcabouço normativo. A citação é relevante:

Trata-se de compreender que a interpretação constitucional deve ser evolutiva, pois toda Constituição está sujeita à dinâmica da realidade e a interpretação deve não só reconhecer um papel ativo ao intérprete, mas congregar as normas interpretadas com o restante das normas jurídicas, inclusive aquelas posteriores ao dispositivo interpretado, bem como atender aos destinatários atuais. Admitem-se novos conteúdos aos dispositivos constitucionais, em virtude de fatores que não estiveram presentes à época da elaboração da Constituição (Botelho, 2011, p. 27)

A questão é que nem toda mudança social pode ser considerada “evolutiva” em um sentido positivo, como parece sugerir o trecho acima citado. Isto é, há certos momentos em que uma sociedade apresenta episódios distópicos em que a modificação do Texto comprometeria a própria integridade dos valores compreendidos como elementares.

Pensar contrariamente seria um paradoxo à justificativa rotineiramente apresentada como fator de legitimação do ativismo judicial enquan-

to papel contramajoritário da Judicatura, uma vez que, por meio da interpretação, a propósito da mudança de cenário, deveria o aplicador amoldar o seu conteúdo normativo às vicissitudes da época em que conjecturado.

Mais do que isso, redundaria no voluntarismo do qual a politicidade judicial é acusada, na medida em que baseada nas preferências axiológicas dos julgadores que desejam impor sua compreensão normativa sobre o fenômeno social como mais avançada.

A título de exemplo, observe-se o clamor social que incide na discussão sobre a redução da maioridade penal. Seria correto pressupor que o eventual aumento da criminalidade entre os menores de 14 anos em uma sociedade onde adolescentes que não se comparam aqueles que viviam na década de quarenta – quando o Código Penal foi editado –, por possuírem um acesso à informação mais abrangente e que, portanto, se desenvolvem psicossocialmente mais rápido possam ser julgados como adultos, sendo ultrapassada a garantia que impede a responsabilização penal equivalente a dos adultos como atualmente se vem exigindo<sup>36</sup>?

A objeção seria latente e representada por outra modalidade de limitação correspondente à taxatividade do texto. Veja-se que, no caso da maioridade, há referência expressa na Constituição acerca do limite.

Entretanto, a literalidade das palavras parece não provocar qualquer intimidação nos ministros do STF, que entenderam, como será mais à frente estudado, que a união estável pode ser aplicada aos casais homossexuais, independentemente do quanto consignado no texto referente às palavras “homem” e “mulher”, indicados como destinatários da norma.

Além disso, se, como de fato mencionado pela estudiosa, o ambien-

---

<sup>36</sup> Em 2015, pesquisa realizada pelo DATAFOLHA mostrou que cerca de 87% (oitenta e sete por cento) dos pesquisados são favoráveis a medida. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/reducao-da-maioridade-penal-e-aprovada-por-87-diz-datafolha.html>. Acesso em 05/02/2019.

te semântico se apresenta como um fator de constrição, não haveria que se falar em mutação constitucional para explicar a possibilidade de utilização de um determinado instituto constitucional para hipóteses aparentemente não abrangidas pela sua dicção em situações novas ou redefinidas pela evolução social, uma vez que o conceito de “interpretação extensiva” seria suficiente.

Some-se a isso a clássica lição kelseniana sobre a Teoria da Mordura, que, no âmbito jusfilosófico, já foi capaz de explicar satisfatoriamente essa hipótese.

Isso demonstra o grau de antagonismo gerado pelo neoconstitucionalismo quanto à necessidade de dar novos nomes a coisas velhas, a fim de exercer uma espécie de preponderância neste cenário, fato que se coaduna com o caráter volitivo que o ativismo judicial, nestes moldes realizado, representa.

### **3.3 “MORALISMO JURÍDICO” E NOVA HERMENÊUTICA?**

Conforme colhido das informações até aqui apresentadas, o Estado Contemporâneo e, especialmente, a República brasileira, com o advento da Constituição de 1988, são fortemente influenciados por uma compreensão axiológica, correspondente, em um plano mais jusfilosófico, à defendida superação do positivismo influenciado pela construção de um ideário pós-segunda guerra mundial, já que a responsabilidade nas atrocidades cometidas pelo regime nazifascista é em grande medida justificada em comandos pautados na legislação que compunha o ordenamento jurídico desses regimes (Leite, 2017, p. 23). Tal circunstância é capaz de evidenciar o confronto entre esses dois campos epistemológicos – o jusnaturalismo e o positivismo – que há muito dominam o cenário dogmático no Direito<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Mais do que a definição de um conjunto de institutos, a vinculação de um jurista as clássicas tradições do pensamento jurídico apresentam um modo de entender e se portar perante o fenômeno ao estabelecer os contornos, alcance, efetividade e finalidade do “jurídico” a partir de seus paradigmas, tal o alerta feito por Michel Tropper (2008, p. 17-32) ao discriminar o que significa a Filosofia do Direito apartando-a da Ciência do Direito e de outros ramos propedêuticos.

Exercendo um relevante papel, o jusnaturalismo, aquele de viés racionalista, contribuiu marcadamente para a superação do absolutismo ao servir de fundamento à crítica da origem divina e hereditária, portanto, também autoritária do poder soberano.

A propósito, a sentença proposta por Thomas Paine (1969, p. 193), o mesmo que agiu na condição de arauto na revolução americana mencionado no início deste trabalho, é precisa:

*Government on the old system, is an assumption of power, for the aggrandisement of itself; on the new, a delegation of power, for the common benefit of society. The former supports itself keeping up a system of war; the latter promotes a system of peace, as the true means of enriching a nation.*

As revoluções liberais, signo sobre o qual se assenta tanto o movimento francês quanto o americano, ostentam notadamente a existência de um direito imanente aos cidadãos criados, assim, para a liberdade, circunstância que legitimaria a derrubada de qualquer regime a esta avesso por meio de um pretenso direito de resistência (Bobbio, 1992, p. 31), o que é fundamental para a conformação do constitucionalismo moderno, como se viu anteriormente.

A contribuição, no entanto, não termina neste apriorismo.

Os valores de uma sociedade então nascente e obrigatórios, desse mesmo ponto de vista, também permeiam o entendimento sobre o panorama da constituição do organismo coletivo e supra individual tomando a forma de normas jurídicas fundamentais.

Nestes, destacam-se, além do papel da justiça, conectada diretamente ao Direito, a que serve de veículo, o cânones da representatividade popular, vinculada necessariamente à noção moderna de Democracia, que passa a ocupar a centralidade das preocupações da comunidade política, principalmente em momentos de transição reformadora. Aliás, como foi

demonstrado no caso brasileiro, com a superação do regime de exceção, que imprimiu, também como visto anteriormente, uma marca indelével no modo de formatar as instituições da nova república.

Certificado o nascimento do positivismo jurídico basicamente no século XIX, o que se viu foi a ascensão dessa nova vertente jusfilosófica, cujas bases estão intimamente ligadas à precedência que se deu ao processo legislativo, o que é razoavelmente natural em função do papel que o Parlamento, centro produtor de normas cogentes, assumira no Ocidente, a fim de garantir a segurança jurídica necessária aos cidadãos em função da sempre lembrada contenção do poder estatal que conforma a noção de Estado de Direito.

No plano interno, quer dizer, da própria função estatal, o processo de feitura das normas também alcança proeminência, fato que talvez explique a forma pela qual normalmente se reveste o poder constituinte originário, uma assembleia constituinte, a fim de gestar o que se tem como norma nuclear do sistema.

O principal expoente do positivismo jurídico do século XX, ao tratar da relação entre Direito e Estado, associa-os intimamente, afirmando:

Um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda metafísica e de toda a mística, não pode apreender sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social – tal como já se tem feito nas indagações precedentes – como uma ordem de conduta humana. É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isso, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e realizada por essa ordem, nos atos de coação que esta ordem estatui. São no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. (Kelsen, 1997, p. 316-317)

Consequentemente, um dos pontos fundamentais está diretamente vinculado à matriz produtora da norma, elegendo-se a lei como “fonte preeminente do direito” (Bobbio, 2006, p. 132), sendo esta, por sua vez, tecnicamente considerada como resultado de um processo criativo ao qual se impõe o caráter coercitivo. Reforça-se, assim, a noção já mencionada acerca da confusão entre Direito, Estado e Ordem Jurídica (Kelsen, 1997, p. 316-321) e extirpa-se dessa inter-relação qualquer modalidade de prerrogativa jurídica que se estabelecesse fora dessa interação.

Ademais, não haveria meio seguro de estabelecer a priori – sendo tal circunstância um grande contraponto à visão dos jusnaturalistas – que conteúdo seria esse, tendo em vista o influxo da história e o desenvolvimento das alterações sociais que terminam por influenciar os valores existentes em cada momento específico e que não se compatibilizariam com os demais, como bem criticado Jonh Hart Ely (2010, p. 64-72). Muito embora se o faça na tentativa de conformar, ao longo da obra, uma concepção peculiar de controle de constitucionalidade, designada de “procedimentalismo” e que se afigura razoável na tentativa de equacionar o papel do Direito no campo político, relegando-o à descrição de normas pelas quais se chegaria ao consenso – elemento fundamental no sistema democrático –, tarefa atribuível às instâncias representativas, mas também aos Tribunais constitucionais, na medida em que sua atuação deveria se manter adstrita a potencializar os princípios no qual o jogo democrático se materializa.

Avançando um pouco na experiência contextual histórica, o Direito, em detrimento da base juspositivista, agora em estágio crítico – lembre-se a assertiva apresentada no primeiro parágrafo desta seção – abre-se ao mundo dos valores ético-políticos, ao mesmo tempo em que deveria atentar mais ao “mundo dos fatos”, cuja relevância se impõe à garantia de certas circunstâncias relevantes para a manutenção da própria sociedade (Faralli, 2006, p. 3-4).

Um dos principais expoentes desta visão, Ronald Dworkin (2011, p. 284-285), contrapondo-se a um status exclusivamente legalista, defende peremptoriamente a existência de “direitos morais”, sendo a Constituição o cenário onde questões jurídicas e éticas se fundem.

É aqui que a guinada acontece.

Se restou alterado o paradigma do Estado legicétrico, em que o papel do Judiciário seria restrito tão somente a servir de “instrumento para assegurar a execução da vontade do Parlamento” (Santoro, 2005, p. 25), circunstância normalmente levada a efeito pelas técnicas clássicas de hermenêutica jurídica, a criação de um novo perfil de associação política, o Estado constitucional, “que requer a existência de uma Constituição normativa, sobrepondo-se ao próprio Poder Legislativo” (Leite, 2017, p. 24), deveria repercutir, assim, na adoção de ferramentas distintas de interpretação, justificando um novo aparato dogmático a ser gestado exclusivamente no âmbito do Direito Constitucional, seu locus natural.

Conjugando esse elemento com o exposto anteriormente sobre a natureza de parte do conteúdo presente nesses Textos, a explicação para a escusa se completa, já que as normas constitucionais caracterizadas como principiológicas demandariam uma aplicação diferenciada daquelas que são catalogadas como regras (Ávila, 2018, p. 55-60). Essa premissa é bastante difundida pelos neoconstitucionalistas e conta com alto grau de adesão no Brasil, como se pode observar nos votos exarados na Corte constitucional, principalmente por ocasião da análise de caos havidos como sensíveis.

Entretanto, será que isso representa um novo universo hermenêutico?

A pergunta se justifica levando em conta duas preocupações.

Primeiramente, em função da atividade técnico-prática que se revela na construção da própria decisão, já que o trabalho do aplicador con-

tinua sendo verificar se para uma determinada situação – mesmo que no controle concentrado de constitucionalidade isso não signifique a verificação de fatos concretos – deve ser utilizada determinada norma, mesmo que esta ostente um caráter principiológico, tendo em vista que nem todas as análises que recaem na Suprema Corte tratam da colisão entre princípios.

Além disso, a particularização de uma categoria que antes servia à toda dogmática jurídica sugere uma forma de apropriação ideológica, a fim de permitir o trânsito dos agentes que dela se utilizam para fazer fruir seu voluntarismo judicial. Afinal, bastaria construir um bom argumento com o intuito de taxá-lo como elemento conceitual de um determinado princípio, dado o amplo grau de abstração da espécie, a fim de justificar uma determinada tomada de posição.

### **3.4 PROBLEMAS “INSOLÚVEIS”: A PROPÓSITO DOS HARD CASES**

*A existência de constituições do tipo analíticas – e repletas de normas de caráter principiológico, como deu conta a seção anterior – pode ser considerada uma das causas para o aumento significativo do número de questões sensíveis nos tribunais.*

Esses documentos guardam uma identidade com o Estado de Bem-estar Social e, por isso, são bastante profícuos na consignação de direitos das mais variadas espécies, circunstância que potencializa a colisão, principalmente quando se tem em perspectiva a natureza diversa das garantias ali encampadas a ensejar eventual contradição.

Como compatibilizar, por exemplo, as características do livre mercado, acolhido na Constituição brasileira no seu artigo 170, com a preponderância dada ao consumidor em relação à defesa de seus interesses?

A incongruência pode ainda ser percebida na tentativa de reconfi-

guração de direitos cuja matriz primitiva tem índole liberal, mas que sofreu o influxo de novos valores referentes à essa “evolução”, como ocorre, por exemplo, com o direito de propriedade, ao qual seu incorporou o epíteto “função social”. Neste aspecto, qualquer litígio que envolva a prerrogativa passa pela necessidade hermenêutica de compatibilizar esse virtual paradoxo.

Por fim, e talvez o mais relevante em termos de teoria da interpretação, a defendida superação do positivismo clássico representada jusfilosoficamente com a integração de princípios como espécie normativa ao ordenamento jurídico, como visto anteriormente, vem provocando a necessidade cada vez maior de garantir um equilíbrio nas decisões por parte dos operadores do direito, a fim de manter a coerência do sistema.

O plano social também é outro fator relevante nessa equação.

A complexidade cada vez mais ampla dos problemas que assolam os indivíduos se manifesta através de reclamações perante o Judiciário, muitas vezes, sem a respectiva correspondência em alguma regra legal, mas possivelmente encaixável sob algum daqueles cânones mais abrangentes, como ocorre, por exemplo, no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas que, não amparadas por qualquer lei em sentido formal, foi reivindicada como discriminação a ser superada em obediência à isonomia e à vedação da discriminação, consignadas como fundamentais para a construção de uma sociedade tolerante e igualitária.

Ainda levando em conta o ponto de contato entre os fatos e o direito, existem certas matérias que se mostram delicadas do ponto de vista da própria concordância da comunidade política, como acontece, por exemplo, no caso da permissão legal do aborto.

Nesses casos, o embate ocorre entre as correntes favoráveis ou contrárias, cada qual suscitando argumentos dos mais variados para justificar a

precedência de seu ponto de vista.

Permanecendo no contexto do aborto, as feministas se amparam no direito da mulher em definir os limites de ação sobre seu próprio corpo. Em resposta, os militantes pró-vida reivindicam o respeito à incolumidade do feto, que, nessa condição, deve ser resguardado como potencial indivíduo a merecer a tutela do Estado, já que não pode fazer isso por si mesmo.

É interessante notar que o debate entre essas posições, a par dos argumentos citados, não ostenta qualquer equivalência, fator que demonstra que qualquer tentativa de conciliação entre esses extremos é fadada ao insucesso, mantendo-se o inconformismo.

Essa postura reverbera um ceticismo bem delineado por Richard Posner (2009, p. 39) e que redunda na crítica aplicada às doutrinas filosóficas que acreditam ser possível chegar à conclusão que represente a resposta certa sobre o dilema, levando em conta um contexto de uma sociedade pluralista em que inserido o Direito:

Um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda metafísica e de toda a mística, não pode apreender sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social – tal como já se tem feito nas indagações precedentes – como uma ordem de conduta humana. É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isso, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e realizada por essa ordem, nos atos de coação que esta ordem estatui. São no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. (Kelsen, 1997, p. 316-317)

A relevância dessa discussão, retomando um elemento discriminado no início dessa seção, é que tal panorama é reproduzido institucionalizado.

nalmente quando a problemática chega ao Judiciário, pois composto por indivíduos que pertencem a mesma comunidade onde essas disputas acontecem<sup>38</sup>.

Isso significa também que o debate será travado levando em conta a mesma idiossincrasia, muito embora travestida da linguagem técnica apropriada e pela natureza jurídica do contexto em que inserida.

A diferença, contudo, é que esse confronto ostentará um resultado que refletirá o predomínio de uma visão sobre outra a ser custeado socialmente, muito embora sob a marca indelével da “irrationalidade”, ou seja, não amparada pela compreensão da verdade acerca não só dos parâmetros utilizados na fundamentação, mas da própria base conceitual em que se sustentam esses argumentos (Azevêdo, 2011, p. 18). Isto, claro, a não ser que se supere a postura ideológica sobre a qual já se deu conta nesta seção, de que a metodologia rotineiramente utilizada possa gerar consequências indesejáveis justamente pela falta de previsibilidade tão comum inerente ao processo de escolha baseado no antecedente – como até então realizado – e não no consequente.

### **3.5 POR QUE NÃO JUSTIFICAR OS MÉTODOS DE TOMADA DE DECISÃO?**

No item anterior, fez-se referência à impossibilidade de consenso entre disputas que envolvem matérias sensíveis, muito embora tais assuntos, em algum momento, aportem nos Tribunais.

Também de acordo com o inferido acima, essa circunstância de-

---

<sup>38</sup> Já na parte final de “A Natureza do Processo Judicial”, Benjamin Nathan Cardozo (p. 124-131), apesar de estruturar, no curso do seu raciocínio, um conjunto de métodos com os quais seria possível atingir o ideal de objetividade e impessoalidade no exercício da atividade judicial, não deixa de fazer o alerta acerca da influência que o inconsciente – “[...] gostos e as aversões, as predileções e os preconceitos, o complexo de instintos, emoções, hábitos e convicções [...]” pode ostentar.

corre não só da natureza dos conteúdos discutidos e da própria forma antidialógica na qual as posições se colocam – principalmente em sociedades não homogêneas (Posner, 2007, p. 139), como é o caso da brasileira – mas também pela pouca chance de sucesso que teorias interpretativas utilizadas em âmbito jurídico, principalmente ligadas ao neoconstitucionalismo, tem em produzir uma resposta correta como consequência da atividade hermenêutica levada à cabo pelo operador do direito. A explicação pode ser encontrada na observação crítica que Richard Posner (2007, p. 31-32) dirige ao “moralismo jurídico” na pessoa de um de seus maiores expoentes:

Dworkin afirma que toda questão jurídica tem uma resposta certa e outra errada; em outras palavras, uma resposta dada pelo direito e uma resposta contrária ao direito. Essa conclusão é um componente orgânico de sua teoria, e não um acréscimo barroco a ela. Se pudesse haver duas respostas certas a uma questão jurídica, o juiz teria espaço para exercer sua discricionariedade; na verdade ele tivesse de exercê-la, e o direito então seria determinado por considerações não-jurídicas.

Contudo, definir o direito tão amplamente como o faz Dworkin não deixa em aberto nenhuma possibilidade de escape. Quando o direito é definido de modo que inclua, sob a sua rubrica de “princípio”, normas éticas e políticas que os juízes usam para decidir os casos mais difíceis, a decisão segundo o direito e a decisão segundo a preferência política tornam-se difíceis, quando não impossíveis em uma sociedade tão moralmente heterogênea quanto a nossa. Dworkin faz a distinção entre política e princípio, e argumenta que somente este último constitui a base sólida para os direitos judicialmente declarados, bem como uma limitação a eles. O argumento não convence, a distinção é arbitrária, e os princípios são apenas as diretrizes políticas que confirmam e enaltecem a vertente de liberalismo político de Dworkin. Além do mais, é tamanha a maleabilidade dos “princípios” e da palavra “direito”, associada aos princípios que juízes vistos pela maioria como avessos às leis se tornam, na concepção de Dworkin, modelos de legalidade se o observador compartilhar as preferências políticas dos juízes, enquanto juízes que se pautam pela observação convencional das leis se tornam modelos de

ilegalidade por desconsiderarem princípios que, por mais políticos que possam parecer, na verdade pertencem à esfera do direito. O juiz tímido, o juiz que hesita em inovar, o juiz para o qual legislar compete às legislaturas, e não aos juízes – para Dworkin, é este o juiz que não observa as leis.

O fato, entretanto, é que, inevitavelmente, o magistrado se deparará com esses “casos difíceis”. Neste cenário, seja obnubilado pela rotina, seja pela ausência de autocrítica relacionada à difusão da ideia de que sua atividade é dotada de uma certa infalibilidade<sup>39</sup>, finda por enveredar, levando em conta o predomínio alcançado pela visão neoconstitucionalista, nos raciocínios como aquele criticado na passagem acima, a fim de cumprir sua função.

Mas, por que ponderar se dois valores de importância equivalente dentro do sistema correspondem a um critério eficiente de tomada de decisão? Será, de fato, que optar por sufragar um direito irrestrito à saúde com base no princípio da dignidade humana em detrimento do equilíbrio financeiro e fiscal do ente público, que tem a obrigação de prestar esse serviço, corresponde a uma saída inevitável no momento de resolver um litígio dessa natureza?

Os questionamentos levantados deveriam ser antes de mais nada respondidos pelos aplicadores do direito no momento em que se debruçam sobre os problemas aos quais foram instados a resolver.

---

<sup>39</sup> A expressão “juiz héracles” já figura no imaginário jusfilosófico a partir da descrição metodológica que Ronald Dworkin (p. 454) faz do processo de tomada de decisão na Suprema corte a partir da confiança depositada na filosofia e na teoria política, mas também principalmente na “[...] porque é livre para concentrar-se nas questões de princípios que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica” e, mais à frente, “[...] não precisa preocupar-se com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não tem dificuldade alguma, como inevitavelmente acontece com qualquer juiz mortal, de encontrar uma linguagem e uma argumentação suficientemente ponderadas para introduzir quaisquer ressalvas que julgue necessárias [...].”

E isso se dá por dois motivos.

Primeiramente, em respeito à própria natureza de sua função, afeta que está ao modelo republicano, já que agir conforme a própria consciência ou com base em princípios morais e políticos que se acredita serem convenientes contradiz o preceito em questão.

A outra razão está mais associada à circunstância técnico-jurídica, embora não se aparte de outro dever imposto à magistratura pela própria Constituição no que tange à motivação dos atos jurisdicionais. Afinal, tão importante quanto a própria solução é o método que condiciona a obtenção dessas respostas, não sendo razoável que a utilização daqueles preceitos se faça de maneira apodíctica.

Sendo assim, há que se garantir ao jurisdicionado que a operação seja realizada dentro de padrões adequados para a análise do caso, principalmente quando se tem em vista que o Direito, nesse contexto, é uma ferramenta social para a obtenção de certos resultados.

## 4 AJUSTANDO O FOCO PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Até então, a discussão girou em torno do ativismo judicial, que precisa ser assumido pelos seu integrantes como uma postura política a qual, embora não infensa a críticas, principalmente no campo da legitimidade, é realidade que não pode ser ignorada, sob pena de se anuir com aquela atitude digna do “moralismo jurídico” perdido em debates infundáveis sobre o correto ponto de vista.

Trata-se, portanto, de uma postura libertadora, na medida em que permite deslocar o foco do debate para o essencial: estabelecer mecanismos para o tratamento não só eficiente, por ocasião da resolução de problemas submetidos à jurisdição com impacto na vida social, mas também permitir um certo controle dessas ações, ao menos pela viabilidade de uma verificação mais objetiva sobre a sua fixação e execução.

Essas premissas são delineadas nas duas seções seguintes, a partir de uma matriz teórica que se coaduna com essa pretensão e na constatação crítica e corretiva a respeito da orientação que deve guiar o aplicador do direito nesta atuação.

### 4.1 ENTRE O SUBJETIVISMO E O OBJETIVISMO

Ao longo do desenvolvimento, tem-se pontuado que a atuação política do Judiciário, especialmente da Corte Suprema brasileira, tem produzido julgamentos com base em padrões morais ou políticos travestidos numa roupagem jurídica.

O “neoconstitucionalismo” é utilizado, assim, ideologicamente

como ferramenta de otimização do ordenamento em uma era de pós-positivismo aberto aos valores, induzindo uma postura pretensamente dogmático-hermenêutica, criando teorias e paradigmas de interpretação próprios a legitimar – na perspectiva de quem os utiliza – uma visão mais “justa” do ordenamento, espelhada nos pronunciamentos decisivos a propósito das “questões difíceis” submetidas à jurisdição constitucional.

Neste ponto vale a ressalva formulada por Lenio Streck (2017, p. 68), em sua obra “Verdade e Consenso”:

Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do Direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o Direito justo.

Em que pese o caráter sistemático desses postulados de certa maneira adquiridos no Brasil, não se pode dispensar a crítica a respeito do subjetivismo que cerca as opções feitas no âmbito desses julgamentos e que recordam a noção básica da corrente realista do direito, cuja formulação mais assertiva pode ser encontrada nas conjecturas de Benjamin Nathan Cardozo (2004, p. 01-08) acerca do que é o Direito.

Trata-se de um movimento cujas origens remontam às décadas de 1920 e 1930 como aversão a uma postura essencialista ou puramente nor-

mativista, permitindo, com isso, a abertura dessa experiência a outras influências como a sociologia ou a economia (Posner, 2011, p. 10) e que posteriormente finda por servir de base a diversas correntes do pensamento jurídico contemporâneo, apesar das graves dissensões que guardam entre si, como a Critical Legal studies, a Teoria Feminista do Direito e a Análise Econômica do Direito (Faralli, 2006, p. 31).

Em comum, entretanto, está o ceticismo que essas vertentes defendem – em maior ou menor grau – sobre a experiência jurídica, restando àquela última o contato com o Pragmatismo jurídico que Richard Posner (2007, p. 621-622), um de seus principais formuladores, nomeia assim:

No sentido que considero apropriado, o pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, sem ilusões, com plena consciência da das limitações da razão humana, como consciência do “caráter local” do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da “verdade”, da consequente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de depender 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 como fins em si mesmos.

Influenciada a partir dos avanços da Ciência Econômica principalmente na década de 1970, a “Análise Econômica do Direito” encontrou terreno fértil entre as disciplinas jurídicas que possuem um conteúdo muito forte no âmbito do direito privado, sobretudo no campo da Responsabilidade Civil e no Direito dos Contratos, mas também na área do Direito Público, associada à regulamentação da exploração de atividades econômicas pelo Estado. Baseou-se, também, no Direito antitruste, muito embora seja direcionada, atualmente, para uma perspectiva mais ambiciosa de

propor uma “teoria econômica unificada do direito” (Posner, 2011, p. 13), cujas ferramentas possam traduzir um critério alternativo ao subjetivismo próprio à visão corrente praticada no âmbito da postura da criação judicial do direito.

Se antes, a dogmática jurídica praticada se comprazia com um alto grau de autopoiese<sup>40</sup> – em especial no âmbito do Direito Constitucional, que passou não só a totalizar os demais ramos do Direito, criando ainda um ambiente de hermenêutica própria e peculiar – o reforço externo a fim de suprir aquela deficiência pode ser encontrado ao se agregar uma variável finalística, cética e, principalmente, metodológica, nessa equação a serem fornecidas pela “Análise Econômica do Direito”, ganhando-se em assertividade.

## 4.2 O PRAGMATISMO POSNERIANO

Situando o tema no campo epistemológico, é necessário fixar que “análise econômica do direito” da qual se cuida aqui é fiadora de uma visão de pragmatismo jurídico em patamar equidistante às posturas radicais do puro criacionismo e do ceticismo absoluto quanto à abordagem do fenômeno jurídico.

Além disso, não se pode deixar de conhecer, dentro do próprio movimento, uma razoável variabilidade de espectro, atribuindo-se a Richard Posner (2010c, p. 357-358), como reconhecido pelo próprio autor, a adesão a um *pragmatismo moderado* “[...] como disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”, o que ostenta repercussões importantes, já que informa a escolha e o

---

<sup>40</sup> Em “Para Além do Direito”, Richard Posner (2009, p. 60-61) faz uma interessante associação do profissionalismo jurídico com as associações medievais e os cartéis, argumentando que a linguagem hermética, a formulação de teorias complexas são exemplos de intelectualização da atividade capaz de justificar de maneira endógena a própria necessidade dos operadores do direito.

perfil dos instrumentos que servem de base para a resolução dos diversos problemas que se manifestem no sistema.

Neste contexto, uma característica que se apresenta como fundamental é associada a um certo grau de consequencialismo<sup>41</sup> como diretriz na construção de seus postulados elementares.

Isto significa que o pragmatismo *posneriano* e, por arrasto, aqueles respectivos institutos, são vocacionados à percepção do impacto que alguma ação tomada em qualquer contexto – e para este trabalho com especial relevo no exercício da jurisdição constitucional – possa causar, como garantia de uma conclusão mais objetiva dentre as várias possibilidades que se apresentem ao agente político por ocasião do processo decisório.

Relevante notar que, além de finalística, essa premissa invoca um racionalismo, na mesma medida em que propugnado pela Ciência econômica – está sendo fundamental nas concepções desenvolvidas pelo referencial teórico –, pois parte-se do pressuposto de que os homens, em qualquer cenário que não apenas o mercadológico, tomam decisões refletidas sobre o emprego de recursos escassos (Posner, 2009, p. 452), a fim de atender suas mais variadas necessidades.

Ainda no que tange ao citado consequencialismo, observe-se que o instrumento da “maximização da riqueza” – a ser tratado entre as ferramentas da “análise econômica do direito” de que se cuida na seção seguinte – em muito se afasta de outro erroneamente havido como seu equivalente: a “máxima utilidade”.

Levando em conta a premissa filosófica de onde originalmente extraído, esse critério estatui como dever imposto ao agente público priori-

---

41 Ao mencionar um ponto fraco em relação a um sistema de precedentes, situando o decididor no conforto de sua formação estritamente jurídica, Richard Posner (2010c, p. 186/187) afirma que os juízes necessitam de uma compreensão melhor acerca dos efeitos práticos de suas decisões que não pode ser encontrada no âmbito da alta indagação teórica.

ririzar a coletividade em detrimento da individualidade, já que felicidade a ser alcançada somente ocorre na constatação de um resultado positivo na soma da satisfação dos integrantes de uma determinada associação política (POSNER, 2010a, p. 59), cujo paralelo pode ser expressável em termos mais próximos da linguagem jurídica e da Teoria do Estado na bastante invocada, apesar de vaga, máxima do “bem comum”.

O problema dessa premissa e do seu equivalente jurídico-moral não está propriamente no âmago do raciocínio e sim na ausência de conformação de critérios empíricos que sirvam para aferir esse resultado (Posner, 2010a, p. 66).

Se as bases desse pensamento eram estabelecidas na filosofia utilitarista, foi mais apropriadamente na economia que ela se desenvolveu a partir da aplicação do postulado por John Stuart Mill (Posner, 2011, p. 48-49), ostentando, por isso, um aspecto um tanto quanto mais objetivo, dadas as ferramentas utilizadas nesse campo do conhecimento humano, posteriormente trazidas para o Direito pela simbiose provocada pelo movimento *Law and Economics*.

É neste ponto que a Economia se apresenta como lastro, já que os instrumentos gestados neste campo do conhecimento se mostram mais precisos (Posner, 2009, p. 18).

Influenciada a partir dos avanços dessa Ciência, principalmente na década de 1970, a “Análise Econômica do Direito” encontrou terreno fértil entre as disciplinas jurídicas que possuem um conteúdo associado a questões de Direito Privado, onde a tônica é a autonomia da vontade e o direito de propriedade, muito embora seja direcionada, atualmente, para uma perspectiva mais ambiciosa de propor uma “teoria econômica unificada do direito” (Posner, 2011, p. 13).

Aqui uma outra distinção merece ser anotada no estado de coisas do

movimento *Law and Economics*, a fim de não sugerir que a única vantagem na adoção desse viés consiste na verificação e avaliação de um cenário já estabelecido; Ou seja, a constatação de que além de uma “teoria econômica positiva”, de cunho descritivo, há também uma “teoria econômica normativa”, de caráter prescritivo (Posner, 2007, p. 502), ambas passíveis de utilização no exercício da atuação política do Judiciário, acaso assumida a metodologia tal como defendido neste trabalho e que será melhor evidenciada em seção posterior.

Conjugando-se com o até agora mencionado, o argumento sobre a maior efetividade atrai a utilização desse primeiro viés, o que, por sua vez, se coaduna com o espectro cético<sup>42</sup> do pragmatismo enquanto marco referencial do presente trabalho, já que ostenta uma empiria tão próxima quanto possível de uma busca incessante na produção do conhecimento, sem que se possa falar em uma verdade suprema, contrapondo-se, assim, aos apriorismos do “moralismo jurídico”.

A conveniência dessa postura, assim, é garantida tanto por esse diagnóstico baseado em dados concretos com evidente apelo na realidade de que, de alguma maneira, se apresentam para a interpretação sobre um determinado *leading case*, avaliando-se o grau de eficiência com o qual as normas ou os precedentes são capazes de resolver as questões e bem alojar os recursos, como também pelo prognóstico que se pode realizar em função dos modelos de cenário aferíveis em razão das “leis econômicas”<sup>43</sup> conjugadas ao ambiente jurídico.

<sup>42</sup> A certa altura de seu “manifesto pragmático” na obra “Problemas de filosofia do Direito”, Richard Posner (2007, p. 625) afirma que a “solidez das interpretações jurídicas e de outras proposições jurídicas é mais bem dimensionada, portanto, através de suas consequências para o universo dos fatos”.

<sup>43</sup> No primeiro capítulo dedicado à introdução à economia são listados três princípios básicos subjacentes às escolhas individuais capazes de explicar certos cenários com razoável grau de acerto. O primeiro deles justifica, por exemplo, o motivo pela qual as pessoas estão diuturnamente realizando escolhas: em função da escassez de recursos disponíveis, como o tempo. Assim, levando em conta a limitação de 24 horas diárias, qualquer indivíduo deve priorizar em que e como deverá utilizar esse insumo. (Krugman; Wells, 2015, p. 06)

Isso, aliás, já é uma realidade, ambientando-se a AED para além do Direito Privado, onde se manifestou inicialmente, como notado acima, transpondo-se ao campo do Direito Público e que já a encaminha para um ramo específico e relativamente recente deste movimento, designado pela expressão *“Public Choices”*.

Neste, a consecução de políticas públicas – voltadas ao atingimento dos objetivos eleitos pelo constituinte e em regra atribuível ao Executivo e que vem sendo cada vez mais apropriada, como se viu, pelo Judiciário – não pode prescindir de parâmetros seguros de eficiência no tocante à utilização de verbas, na maioria das vezes limitadas, para atender com o grau de zelo esperado a demanda por esses serviços.

A lição que já se pode fixar, no mínimo, diz respeito à necessidade de adesão dos agentes políticos quanto à eficiência que se espera na avaliação das políticas públicas que visam, segundo impressão mais corrente, àquela evolução do agrupamento social a qual é dirigida e que pode ser cogitada pela assunção de um método como esse (Posner, 2010a, p. 110).

Dito isto, questão subjacente que se apresenta é se esta postura também se amoldaria ao campo de atuação do Poder Judiciário no exercício do seu mister por dois motivos.

Primeiramente, dada a própria natureza desta função que, a priori, não guardaria semelhança com aqueles outros, dado um recomendável menor grau de politicidade, o que, diga-se de passagem, já se mostrou falacioso notória e empiricamente ao se tratar da ação da magistratura em especial no exercício da jurisdição constitucional<sup>44</sup>.

O segundo, mais relevante no que toca a AED e ao referencial teó-

---

<sup>44</sup> Tanto é verdade que há distinção abrangida pelo gênero “ativismo judicial” identificada pela expressão “judicialização da política” cujas dimensões consistem, segundo Tate e Vallinder (1995, p. 13) em um processo de extensão das funções legislativa e executiva ao próprio Judiciário e em uma contaminação da arena política pela metodologia procedural própria deste último).

rico, diz respeito à aplicação desses instrumentos em uma tradição jurídica que sobremaneira se distingue daquela para onde primitivamente se formataram esses critérios, já que dirigidas às comunidades políticas vinculadas à tradição do *common law*.

A fim de responder à questão, deve ser resgatado o quanto também discutido em outra passagem dedicada ao desenvolvimento de técnicas dessa tradição no Brasil, já que o ordenamento jurídico nacional, ancestralmente vinculado ao civil law, vem cada vez mais se aproximando de um sistema de precedentes<sup>45</sup>.

Vale realçar que a relevância dessa afirmação está na compreensão de que o sistema consuetudinário é muito mais aberto à normatividade criadora dos Tribunais, vez que nesses casos – o americano, sobre o qual Richard Posner se debruça, é um exemplo – inexistem, ao menos em larga escala, como naqueles vinculados à tradição romano-germânica, um aparato legal produzido pelo Legislativo de onde deveria partir a interpretação (Posner, 2007, p. 331-335).

Isso significa que muitos dos padrões, conceitos e dogmas jurídicos remanescem como atribuição do Judiciário quando da solução de casos, sejam eles simples, mas principalmente quando daqueles considerados complexos.

No caso brasileiro pode-se chegar a uma conclusão equivalente levando em conta a postura criacional com a qual se associa o protagonismo judiciário, como mostrado no estudo feito no capítulo dedicado à avaliação crítica sobre o ativismo judicial.

Assim, o que haveria de ser associado à “política do direito”, incum-

<sup>45</sup> É importante ressaltar, contudo, que no caso brasileiro tal sistemática tem por causa um crescimento vertiginoso de demandas principalmente pós-constituição de 1988 pelos mais variados motivos e que se orienta para a resolução de uma litigiosidade de massa (Theodoro Junior et al., 2015, p. 323-325), o que não se compra totalmente com as características básicas da tradição anglo-saxônica, apesar da nomenclatura similar.

bência do Legislador, passa a ser também admitido nesta “transição” ao Julgador, que, por sua vez, pode-se valer, haja vista que sua atividade gera esse impacto social para além do caso concreto, de critérios e métodos para se chegar a um resultado ótimo, finalidade atingida desde que se aproveitem a postura pragmática aqui retratada, bem como os instrumentos que a “análise econômica do direito” é capaz de disponibilizar.

## 5 “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO” E OB-JETIVIDADE

Críticas foram endereçadas ao “moralismo jurídico” enquanto plataforma dogmática no exercício da jurisdição constitucional e ao próprio Judiciário, que parece dissimular o seu protagonismo ativista por meio de uma latente linguagem técnica e ao mesmo tempo simbólica fornecida pelo neoconstitucionalismo.

Nesse ambiente, as tomadas de decisão sobre questões sensíveis são realizadas sob uma justificativa que tenta garantir um grau de assertividade representativa da correção e da verdade acessada pelos operadores, em especial os integrantes do Supremo Tribunal Federal.

O pior, porém, é que essa atuação não se mostra “controlável” do ponto de vista de uma aferição pelos seus destinatários, tampouco pelos próprios decididores quando se procede à sua superação nas guinadas de opinião da Corte. Um mesmo postulado é cotado na defesa de uma solução e, logo em seguida, se mostra cambiável com a posição contrária.

Não seria razoável apenas apontar essas deficiências sem que se oferte alguma coisa que se possa colocar em seu lugar, tal qual recomendado por uma postura pragmática, objetivo a ser enfrentando nos itens seguintes, onde serão abordadas e delimitadas as ferramentas da “análise econômica do direito” que se pretende aqui, bem como a sua aplicação numa análise alternativa àquela realizada à solução do caso da união estável para os casais homoafetivos, a fim de exemplificar o paradigma.

## 5.1 OS INSTRUMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Na seção anterior, o movimento *Law and Economics* foi contextualizado sob a perspectiva do pragmatismo *posneriano*, prefigurando, em algumas passagens, as ferramentas que lhe servem de aparato técnico e cuja delimitação impõe ser formulada em termos mais precisos.

Levando em consideração a ordem do raciocínio ali exposta, o primeiro desses instrumentos pode ser associado à própria postura que o intérprete deve assumir e que se afasta do perfil clássico do operador do direito, já que o intercâmbio entre Direito e Economia pode ser caracterizado como relação de transdisciplinaridade.

Essa perspectiva, aliás, é mais simbiótica do que se poderia imaginar, pois o raciocínio levado a efeito no plano jurídico, principalmente no que tange à resolução de casos no âmbito da jurisdição, é mais instrumentalmente econômico do que aparenta (Posner, 2007, p. 477/479), uma vez que no processo de tomada de decisão o magistrado, em regra, deve agir sopesando os meios<sup>46</sup> a fim de atingir um determinado resultado.

Ilustrativamente, esse contexto pode ser verificado no sistema americano pela caracterização de institutos associados à compreensão da responsabilidade civil pelo *common law*, dentre eles, aquele formulado intuitivamente por um de seus magistrados ao se deparar com questões acerca da culpabilidade e que restou batizada, em função do seu autor, como “fórmula de *Learned Hand*”. Tal fórmula “[...] define a negligência como a falta de precauções justificadas em termos de custo” (Posner, 2007, p. 480) e não como um conceito legalmente tipificado no caso brasileiro por meio de conceitos jurídicos indeterminados como “imperícia” ou “imprudência”.

Porém, o que importa para esta análise é que, no cenário america-

---

<sup>46</sup> No caso do ordenamento jurídico nacional, isto encontra-se explicitamente consignado no artigo 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro que, dentre outras coisas, também estabelece parâmetros de aplicação e interpretação de normas.

no, aquele expediente originou precedente judicial servindo de paradigma para a resolução de outros casos similares, já que aquele ordenamento não contempla lei alguma em sentido formal que fixe esses padrões, relegando a tarefa de sua construção ao *common law*, como de fato ocorreu.

Além disso – e aqui a relevância se aprofunda – é que a lógica empregada pelo decididor se mostrou adequada como parâmetro de alocação de recursos no plano da responsabilização civil e, portanto, apropriada do ponto de vista econômico além de jurídico.

É possível, em âmbito nacional, valer-se do mesmo contexto quando se trata de estabelecer critérios de fixação do valor das indenizações por danos morais, uma vez que, nesses casos, o Código Civil brasileiro não estipula parâmetros para o cálculo do montante, remanescendo tal encargo ao Judiciário. Este já fixou, em sede jurisprudencial<sup>47</sup>, que a indenização arbitrada deve ser orientada para servir de desencorajamento não só ao autor do ilícito, em outras oportunidades na qual se depare com as mesmas lindes de fato, mas também em relação a outros potenciais causadores que se apresentem em posição similar.

O que pode, na abordagem dogmática clássica, ser entendido como papel educativo da indenização, pelo viés econômico. Agindo assim, o Judiciário, na verdade, estabelece um custo para os atores nesta equação, em especial o potencial causador do dano.

A afirmação formulada no parágrafo anterior é indicativa de outros dois instrumentos também integrantes de um prisma próprio à AED, já que na relação custo-benefício, o primeiro deles corresponde a uma das

---

<sup>47</sup> O entendimento já se encontra pacificado no STJ, valendo destacar somente a título de exemplo, excerto de recente acórdão exarado no AgInt no AREsp 1312148/SP: A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte dispõe que "o dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais".

inferências mais fundamentais na Economia (Krugman; Wells, 2015, p. 07-08), ao qual diretamente relaciona-se o segundo, já que uma formulação dessa espécie aponta para o caráter racional do agente lastreada na presunção<sup>48</sup> de que o indivíduo objetiva principalmente aumentar os seus ganhos a um menor dispêndio possível, aderindo, assim, às mais variadas circunstâncias que permitam essa otimização.

Um exemplo didático é mais uma vez fornecido por Paul Krugman e Robin Wells (2015, p. 08), a fim de explicar a noção de racionalidade econômica. No cenário em questão, discute-se sobre o pagamento do valor correspondente à troca de óleo do automóvel em local próximo ao trabalho do proprietário, onde é bastante difícil encontrar vagas de estacionamento senão pelo desembolso de razoável quantia no pagamento de uma garagem privativa. Assim, se o estacionamento, pelo prazo de um dia, corresponde a \$30,00 e a troca de óleo, \$19,95 onde o carro permanecerá durante todo o dia em que o serviço será realizado, é provável que o indivíduo deixe o seu veículo no posto.

Não se pode cair, entretanto, na armadilha de imaginar que aquele grau de racionalidade deva corresponder necessariamente a decisões lastreadas em uma condição de absoluta consciência ou onisciência (Posner, 2009, p. 459).

Primeiro, porque há espaço para outros estados comportamentais, também residindo na Ciência Econômica um sub-ramo que se dedica ao estudo desse tipo de ação fronteiriço à psicologia<sup>49</sup>; e também, pela visão

48 De acordo com uma “teoria econômica do precedente”, a vinculação operada por meio de um julgado é um subproduto do processo judicial, assim, quanto maior o seu número, menor seria o índice de ações levando em conta a previsibilidade do resultado de eventuais litígios posteriores ao estabelecimento do precedente acaso fossem levados à juízo (Posner, 2007, p. 481-482). Isso demonstra que o Direito, nesse contexto, atua reduzindo custos dessa “transação”. Tal raciocínio também pode ser aplicado às presunções legais no sistema do civil law, já que esses atalhos permitem a aplicação de uma consequência prevista normativamente e que decorre de uma máxima da experiência, permitindo uma agilização na resolução de casos or essas abrangidos.

49 Logo nas duas primeiras linhas de sua introdução, Gary Becker (1978, p. 01) afirma: “The following essay use an ‘economic’ approach to understand human behavior in a variety of context

abrangente que deve-lhe ser emprestado, como discriminada por Richard Posner (2014, p. 19) ao comentar o seguinte:

The fact that people do not always make rational choices does not invalidate rational choice theory; random deviations from rational behavior will cancel out. But cognitive psychologists, economists, and analysts of law have presented evidence that human behavior exhibits systematic departures from rationality. “Highly selective perceptives and memory shape what comes to mind before we make decisions and choices” and so influence those decisions and choices, often deflecting them from what rational choice theory would predict.

Além disso, como explicitado pelo autor, o próprio conhecimento sobre todas as informações necessárias para se tomar uma determinada decisão no plano da consciência representaria um custo razoavelmente excessivo (Posner, 2014, p. 18).

Tal afirmação, apesar de formulada primitivamente na década de 1970, quando da publicação da primeira edição da obra “Economic Analysis of Law”, mostra-se bastante consentânea com o aspecto contemporâneo das trocas cada vez mais velozes de dados em meio a um mundo também cada vez mais interconectado.

Mas a grande questão ainda latente é que tipo de benefício o indivíduo almeja maximizar?

Um sem número de respostas materialmente viáveis podem ser levantadas por meio de qualquer exercício prosaico de imaginação, muito embora possam todas ser incluídas, a exemplo dos utilitaristas, no epíteto “felicidade”.

---

and situations”.

O problema não está propriamente na conclusão formulada por essa corrente filosófica, sendo compreensível assumir que entre o sofrimento e o prazer – ressalvados os desequilíbrios psiquiátricos ou talvez o pouco desenvolvimento psicofísico – qualquer indivíduo racional prefira o segundo ao primeiro, mas na dificuldade, para não dizer total impossibilidade, de mensuração objetiva – preocupação constante deste trabalho – a respeito do atingimento desta meta (Posner, 2010a, p.66).

Outra questão intricada e de alguma maneira já pontuada neste trabalho, é que para os utilitaristas, com quem os integrantes da análise econômica do direito são, por vezes, confundidos, a percepção de uma potencialização da felicidade deve ser avaliada no saldo social pela diferença resultante entre os que estão satisfeitos e os que restaram insatisfeitos. Isso pode significar uma visão coletivista que leva em conta uma quantidade indeterminada de sujeitos, podendo inserir-se nessa equação toda sorte de seres sencientes (Posner, 2010a, p. 63-65), dificultando ainda mais a conclusão.

Assim, se o grau de subjetivismo impede uma aferição apropriada daquele efeito, necessário se torna substituir o padrão por um equivalente do ponto de vista econômico, sem, entretanto, a dificuldade que acompanha a constatação daquela meta, o que é conseguido por meio do princípio da “maximização da riqueza”, terceiro dentre os instrumentos relevantes no âmbito da AED.

Neste, estão contemplados a abordagem custo-benefício e o critério do indivíduo racional a partir do primeiro componente da expressão. Quanto ao segundo:

A “riqueza” em “maximização da riqueza” refere-se a soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se predispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). (Posner, 2007, p. 477).

Se a ressalva quanto ao raciocínio econômico feita anteriormente demonstrou que seu conceito não se restringe ao estamento patrimonial, por uma questão de coerência, o de “riqueza” – apesar da referência ao termo “preço” na citação – também não poderia sofrer a mesma redução na acepção do movimento *Law and Economics* (Posner, 2007, p. 474).

Ainda segundo o referencial teórico aqui adotado (Posner, 2010, p. 72-73):

Desde Adam Smith o conceito de “valor”, em economia geralmente se refere a valor de troca; medido ou ao menos mensurável no âmbito de um mercado, seja este explícito ou implícito. Do conceito de valor deriva o de riqueza da sociedade como a soma de todos os bens e serviços no interior desta, calculados pelo valor que possuem.

Embora o conceito de valor seja inseparável do de mercado, valor não é o mesmo que preço. O preço de uma mercadoria é o valor desta para o consumidor marginal, e os consumidores intramarginais a valorizarão mais, no sentido de que estariam dispostos a pagar um preço mais alto por ela. O cálculo da riqueza da sociedade inclui o valor de mercado, no sentido de preço, multiplicado pela totalidade das mercadorias e dos serviços que ela produz; e também a soma de todos os superávits dos consumidores e produtores, gerados por essas mercadorias e bens.

A coisa mais importante que devemos ter em mente sobre o conceito de valor é que este se funda naquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por uma mercadoria e não na felicidade que extrairão de sua aquisição. É claro que valor está relacionado à felicidade: uma pessoa não compraria uma mercadoria se não obtivesse com esta mais felicidade no sentido utilitarista mais abrangente, do que obteria com outras mercadorias ou serviços (incluindo-se o ócio) dos quais teria de abrir mão para tê-la. Mas, enquanto valor implica necessariamente utilidade, esta não implica necessariamente valor.

[...]

Da mesma forma, riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) finan-

ceiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado.

A partir da citação é possível estabelecer como premissa, ainda no campo conceitual, que a “maximização da riqueza” é uma grandeza conectada com a evolução para mais acerca de benefícios alcançados pelos indivíduos que compõem a sociedade – coerente portanto com as premissas do liberalismo clássico e afastando-se daquele viés coletivista do utilitarismo. Ela pode muito bem ser medida com plausível grau de acuidade, redundando, portanto, como critério de objetividade perseguido neste trabalho e que, por isto, deve predispor a atividade estatal que se utiliza, dentre outros mecanismos, do Direito.

À título de exemplo paradigmático (Posner, 2007, p. 477-478), observe-se a relação contratual em que o proprietário de um determinado bem está disposto a aliená-lo pelo valor correspondente a R\$ 100,00, pressupondo que neste patamar a coisa para ele represente menos que R\$ 100,00 – pois do contrário não haveria interesse em dispor da coisa – e que encontra alguém também disposto a pagar por ela o preço em questão, induzindo à mesma presunção desta feita em sentido inverso – pois, para o comprador, o objeto deve contar mais do que a sua expressão monetária no negócio, sob pena de assim não sendo existir proveito<sup>50</sup> em sua aquisição.

Deste modo, se o negócio se conclui, ambos os contratantes se colocaram em situação melhor que a anterior e, por via de consequência, a sociedade onde estes indivíduos estão inseridos.

A mensuração ocorre, por sua vez, se se constata que os dois envolvidos, acaso não se coloquem em uma situação melhor, ao menos um deles

---

<sup>50</sup> Levando em conta o próprio conceito de “riqueza” que não se restringe ao conteúdo monetário, deve ser incluído ainda neste patamar, as satisfações pessoais de cada envolvido no atingimento das metas. O primeiro pelo fato de haver garantido o preço ofertado e para o segundo a aquisição de um bem desejado (Posner, 2007, p. 478).

não haja piorado o seus status, como demonstrado na hipótese descrita, em que ambos tiraram proveito do negócio, incidindo aqui o que se denomina como “superioridade de Pareto” (Posner, 2007, p. 479).

A conclusão é reforçada mesmo em um cenário não-ótimo, pressupondo ainda que o negócio não prejudica terceiros.

Entretanto, também como reconhecido pelo marco teórico, é muito pouco provável – fato que reforça a objetividade e o ceticismo aos quais o pragmatismo se vincula – que prejuízos a terceiros não se apresentem, levando em conta os efeitos que aquela transação singular pode gerar, o que se daria, por exemplo, com a alteração de preços como aspecto da valorização do bem em questão, um efeito decorrente da relação entre demanda e oferta; ou ainda, que uma variabilidade de circunstâncias – denominadas de “externalidades” (Krugman; Wells, 2015, p. 391-392) em Economia – findem por aderir determinados custos à transação; ou mesmo que a afetição do valor se mostre defectível, o que redundaria no não atingimento do status de Pareto, mitigando a constatação daquele efeito tomado como maximizador da riqueza social (Posner, 2009, p. 14).

Longe de representar um empecilho, uma solução se apresenta baseada em outra fórmula a ser considerada cuja ortodoxia é atenuada quanto à exigência de representação da eficiência demonstrada na abordagem Pareto-superior, e muito razoável no propósito de superar aquele dilema referido no parágrafo acima.

Trata-se do critério Kaldor-Hicks, que se agrega ao princípio da “maximização da riqueza” conforme associação realizada pelo autor logo às primeiras páginas da obra “Economic Analysis of Law”, cuja referência foi precisada acima.

Neste contexto, basta alterar um pouco aquele cenário matemático do contrato de compra e venda, a fim de conjecturar uma margem mais

oscilante entre os valores fixados pelas partes no que tange à avaliação do objeto do negócio que as envolvem e que se projetam, portanto, como benefício alcançado em qualquer área intermediária deste espectro, entendida também como parâmetro para compensar eventuais terceiros pela externalidade provocada pelo negócio; Isso finda sendo reconhecido pelo elemento probabilístico que é inserido no cálculo como “Pareto potencialmente superior”, dada a sua aproximação com a abordagem mencionada.

A noção que ilustra a aplicação do critério Kaldor-Hicks pode ser melhor compreendida nas palavras do próprio Richard Posner (2014, p. 14):

In the less austere concept of efficiency mainly used in this book – called Kaldor-Hicks concept of efficiency, or wealth maximization – If A values the wood carving at \$50 and B at \$120, so that at any price between \$50,00 and \$120 the transaction creates a total benefit of \$70 (at a price of \$100, for example, A consider himself \$50,00 better off and B considers himself \$20 better off), it is an efficient transaction, provided that the harm (if any) done to third parties (minus any benefit to them) does not exceed \$70. The transaction would not be Pareto superior unless A and B actually compensated the third parties for any suffered by them. The Kaldor-Hicks concept is also and suggestively called potential Pareto superiority: The winners could compensate the losers, whether or not they actually do.

Assim delineado, o princípio da “maximização da riqueza” se mostra como ferramenta hábil à verificação do status de eficiência de uma regra jurídica ou de uma decisão judicial, pois permite sindicar se essas estruturas são capazes de gerar cenários ótimos ou potencialmente ótimos no sentido destacado servindo, inclusive, como padrão de criticidade do sistema a partir de contextos reais e não abstratos em função de uma metodologia própria.

Essa virtude, por assim dizer, liga-se diretamente à via mencionada no item precedente, no que tange a uma “teoria econômica positiva” como

elemento de diagnóstico da realidade e, portanto, fundamentalmente empírico com proveito na objetividade da ação decisória.

Na outra face da moeda, atua, constatada a falha, como indicativa de soluções a serem tomadas sob o pálio de uma eficiente alocação de recursos, associada, portanto, à “teoria econômica normativa”.

Conjugando-se os elementos, comprehende-se a razão de a “maximização da riqueza” servir como um dos postulados em que se assenta o raciocínio posneriano, fazendo deste um “conceito ético” (Posner, 2010a, p. 72) na expressão utilizada pelo seu formulador, a fim de substituir qualquer outro, sem representar os problemas pertinentes a ferramentas jus filosóficas diversas à exemplo do “moralismo jurídico”.

Isso porque finda condicionando o Direito ao seu verdadeiro papel, consistente na regulação de incentivos para a prática de objetivos considerados socialmente relevantes e por meio de atividades que possam ser identificadas como racionais pelos sujeitos que a este se submetem, pautada, portanto, pela atividade que também deve se mostrar objetiva por parte das autoridades que, neste contexto, estão aptas a avalizá-las.

## **5.2 AED E CRITÉRIO HERMENÊUTICO DE TOMADA DE DECISÃO.**

A “Análise Econômica do Direito”, como indicado pelo termo anglófono que lhe serve de correspondência, não constitui propriamente um ramo dogmático do direito.

Trata-se de um “movimento”, ou seja, uma forma de compreensão do fenômeno jurídico um tanto difusa, destituída da pretensão ao estabelecimento de limites inquestionáveis, partindo-se da crítica ancorada na postura céтика que, por sua vez, implica na desconfiança sobre a existência

de uma verdade. Inspira-se no Pragmatismo, que lhe serve de base um pouco mais ampla e ao qual se vincula Richard Posner, conforme retratado em outras passagens.

Isso, por sua vez, denota que a AED corresponde mais apropriadamente a um método alternativo de verificação e construção do próprio Direito, informado pela noção de que o jurídico não pode perder de vista sua natureza instrumental, o que implica na necessária correspondência a uma ferramenta na solução de problemas sociais os quais, na grande maioria das vezes, chegam às portas do Judiciário e não como um fim em si mesmo, equívoco no qual incorrem as mais variadas versões do moralismo jurídico e do correspondente neoconstitucionalismo.

Estabelecida mais essa premissa à qual se associa àquela discussão sobre a insolubilidade de dilemas, a partir de uma perspectiva jusfilosófica, como demonstrado anteriormente, a questão que se coloca é como proceder diante daquelas adversidades sem que se perca no diletantismo muitas vezes obscuro de um Direito extremamente apegado à sua autonomia didática e filosófica?

A pista foi apresentada com um dos instrumentos da AED discriminados acima e que representa a percepção de que o raciocínio econômico é inexorável à atividade jurisdicional, na medida em que o Direito ostenta natureza similar à Economia ao perscrutar entre meios e fins, sendo suficiente as considerações até então delineadas.

É relevante notar, ainda no tocante ao diálogo entre esses dois campos, que tal tarefa não pode estar condicionada à compatibilidade estritamente jurídica entre aquele antecedente e o seu consequente, já que o Direito, levando em conta o marco teórico, serviria à uma eficiente alocação de recursos.

No âmbito econômico, o exemplo didático para perceber um sis-

tema onde essa finalidade é atingida é o mercado<sup>51</sup> (Posner, 2007, p. 513-514).

Isso acontece, ainda segundo os cânones econômicos, porque este ambiente tende ao equilíbrio<sup>52</sup>, característica a qual se soma um grau elevado de previsibilidade decorrente da ação humana, interpretada a partir daqueles postulados econômicos, retratando, assim, a sua objetividade de maneira aproximada tanto quanto possível.

Assim, nada mais coerente do que espelhar a atividade jurisdicional neste referencial, o que se dá em duas vias, sejam em termos materiais, sejam em parâmetros formais.

O primeiro destes aspectos tem relevância apenas indireta para a reflexão aqui desenvolvida e está vinculado ao telós que Richard Posner (2007, p. 483) atribui ao Direito. Neste papel, as normas devem ser formatadas como instrumentos capazes de fazer fruir a riqueza patrimonial propriamente dita.

Os precedentes judiciais, por sua vez, devem seguir esse propósito já que ostentam a mesma função, garantindo, dentre outras coisas, uma previsibilidade acerca dos resultados e consequências, correspondente à segurança jurídica nas transações efetivadas (Posner, 2007, p. 481), circunstância relevante principalmente quando se recorda a defesa que se faz da migração havida no Brasil de um sistema puramente civil law para um common law miscigenado conforme debatido na seção 2.3.

---

<sup>51</sup> Isso não quer dizer, entretanto, uma fé inabalável nesta estrutura relacional, uma vez que é possível que falhas ocorram quando o exercício de alguma prática individual, por exemplo, seja capaz de afetar essa finalidade, ou quando alguém impede a ocorrência de trocas mútuas visando arregimentar um benefício maior para si, ou quando determinados bens não são efetivamente atrativos a ponto de serem gerenciados pelo mercado (Krugman; Wells, 2015, p 14). Nestes casos, o direito regulatório se apresenta como mecanismo de correção.

<sup>52</sup> “Uma situação econômica está em equilíbrio quando nenhum indivíduo fica em melhor situação fazendo algo diferente” (Krugman; Wells, 2015, p 12).

Neste caso, é comum associar intimamente a “Análise Econômica do Direito” a campos jurídicos em termos denotativos, ou seja, às áreas privatísticas onde a tônica é, para citar alguns exemplos, o direito de propriedade, os negócios jurídicos de natureza contratual ou o Direito Empresarial – especialmente em relação às regras antitruste na qual se discutia o papel da ação legislativa a fim, justamente, de corrigir eventuais falhas de mercado (Posner, 2014, P. 29-31) – acepção mais do que comprehensível, levando em conta os valores liberais clássicos não só assumidos pelo autor no tocante à confessada influência em Adam Smith (Posner, 2012, p. 08), mas principalmente pela afinidade decorrente de seus conteúdos.

Ocorre, porém, que a AED extrapolou essas lindes fornecendo, como já mencionado, explicações razoáveis para domínios nos quais a Economia aparentemente não se aplicaria, como no campo do Direito de Família.

Nesta seara, existem, por exemplo, alguns estudos que qualificam certas atitudes do núcleo familiar como econômicas, ou, quando menos, traduzem ações e providenciam cenários jurídicos com aporte econômico com bastante engenhosidade.

Bastante ilustrativas a esse respeito são as considerações formuladas por Gary Becker (1978, p. 206) nos idos da década de 1970 na obra “The Economic Approach to Human Behavior”:

In this essay, it is argued that marriage is no exception and can be successfully analyzed within the framework provided by modern economics. If correct, this is compelling additional evidence on the unifying power of economic analysis.

Two simple principles from the heart of analysis. The first is that, since marriage is practically always voluntary, either by the persons marrying or their parents, the theory of preferences can be readily applied, and persons marrying (or their parents) can be assumed to expect to raise their utility level above what it would be where they

remain single. The second is that, since many men and women compete as they seek mates, a market in marriage can be presumed to exist. Each person tries to find the best mate, subject to restrictions imposed by market conditions.

These two principles easily explain why most adults married and why sorting of mates by wealth, education, and other characteristics is similar under apparently quite different conditions.

Seguindo adiante na reflexão iniciada é que, constatada a multicitada razoabilidade sobre a natureza econômica do raciocínio jurídico, viável se torna também aproveitá-la como mecanismo de prospecção, com o objetivo de verificar se uma determinada solução cumpre aquele papel, ou seja, se se trata de uma alternativa que condiz com uma alocação eficiente de recursos.

Trata-se, portanto, de adotar a AED como método, o que aponta para a sua aplicação em termos conotativos, ou seja, sob uma perspectiva formal, reforçando a noção de que os seus instrumentos não estão exclusivamente vinculados àquele domínio onde a associação entre Economia e Direito são, por definição, mais estreitos.

Anteriormente, foi feita alusão ao Estado de Bem-estar Social. Pois bem, uma de suas grandes características consiste na mudança de perfil em relação ao seu antecessor de cunho absenteísta na linhagem reiteradamente apresentada no Direito Constitucional, em função do denominado movimento constitucionalista e que qualifica as prerrogativas havidas por fundamentais como prestacionais, aí incluídos vários direitos sociais, dentre eles a saúde como, aliás, explicitamente consagrado no artigo 196 da Constituição Federal brasileira.

Ocorre que, para além da retórica exuberante discriminada no dispositivo, o serviço público em questão precisa ser disponibilizado à população mediante um sem número de insumos que representam gastos

e investimentos que são levados a efeito pelo Executivo local, Estadual e Federal e sobre o qual, como assentado em jurisprudência remansosa, não ostenta aquela natureza programática, tampouco restrin-gível pela escusa da reserva do possível.

Desconsiderar esses elementos, como diuturnamente acontece em pautas judiciais associadas, por exemplo, ao deferimento de medidas liminares que garantem a dispensa de medicamentos de alto custo para pacientes do Sistema Único de Saúde sem verificar o impacto que essa atuação impõe ao orçamento e, por consequência, às demais políticas públicas financiadas pelo Tesouro significa, no mínimo, obliterar uma gerência responsável que pode descambar para a própria inefetividade do direito dada a inexequibilidade material dessas decisões a médio e longo prazo e cujo exemplo mais notório é o Rio de Janeiro<sup>53</sup>.

Não se trata, porém, de resgatar o princípio da reserva do possível ou qualquer outra premissa que implique simplesmente em estancar a atuação do Judiciário na defesa de direitos fundamentais, tampouco fazer uso da máxima utilitarista normalmente invocada nessas situações em que o emprego de verba destinada apenas a um usuário implica na destituição de recursos a uma parcela maior de pacientes, tornando deficitário o cálculo da felicidade social. Trata-se, em vez disso, de suscitar o alerta de que o tratamento de demandas dessa natureza, sem que os magistrados atentem no que tange ao critério de tomada de decisão, para os eventuais efeitos deletérios que essa postura acarreta, pode gerar um colapso do sistema.

Essa circunstância é ainda potencializada não só pela pouca ou nenhuma compreensão a respeito do impacto econômico de sua atuação jurisdicional, mas pelo emprego de técnicas e mecanismos de abstração dogmática que afastam o elemento empírico, ao prestigiar uma visão circular, intransigente e autopoietica dos cânones jurídicos de assento cons-

---

<sup>53</sup> Vide: <http://www.justificando.com/2018/05/24/rio-de-janeiro-defensoria-publica-denuncia-a-cidh-falta-de-vagas-em-utis/> (Acesso em 26/02/2019).

titucional.

Mudando a perspectiva para o âmbito das relações contratuais de planos de saúde, o raciocínio também encontra vigorosas justificativas para este sobreaviso. Isso porque é bastante provável, dado o foco empresarial daqueles que se dispõe à sua exploração, que as empresas prestadoras desse serviço incluam nas contraprestações pagas pelos usuários, por meio de um cálculo atuarial, os custos com a sujeição de medidas liminares que as obriguem a subsidiar tratamentos eventualmente não consignados na relação contratual e que são garantidos pelo Judiciário em função de fundamentos semelhantes.

Tal postura finda por se caracterizar como um custo imposto pelo Judiciário a quem não faz parte da relação processual, acarretando, assim, um maior dispêndio por parte dos demais usuários, o que se contrapõe a uma alocação eficiente dos recursos.

Em ambos os casos, isso ocorre porque o raciocínio empregado, apesar de provocado por um litígio concreto, é abstrato e estritamente silogístico, ou seja, restringe-se à conjectura acerca de um dever imposto pela norma seja ao Ente público, seja àquele privado e que consagra um direito prestacional ao evento necessidade de tratamento daquele que instaurou o procedimento, muitas vezes com base em princípios genéricos como a dignidade da pessoa humana, sem considerar o impacto que essas decisões são capazes de gerar no mundo real na contramão do defendido pela AED.

É claro que nessa discussão agrega-se toda uma justificativa que sofistica essa atuação judicial por muitos considerada ativista e baseada, como já referenciado neste trabalho, em toda uma construção principiológica, dado o grau de relevância que normas dessa natureza alcançaram em função da propaganda dogmática que buscou legitimar uma postura antiformalista no Direito em direção à sobreposição da moral sobre o jurídico.

Esse contexto ainda é favorecido pela própria “fórmula” da decisão judicial estruturada, segundo o Código de Processo Civil, em três estágios: o relatório, a fundamentação – qualquer que seja ela – e o dispositivo.

Não é necessário conhecimento tão profundo em lógica aristotélica para perceber que esses estamentos correspondem às premissas a cuja conclusão se chega pela relação entre elas, bastando que exista, portanto, um nível de coerência entre todas as partes a fim de garantir o respeito ao princípio da motivação, exigência constitucional prevista no artigo 93, inciso X do Texto Fundamental, inexistindo qualquer obrigação – a não ser aquela consignada na Lei de Introdução às normas do Ordenamento Brasileiro, mas ignorada na rotina do foro – de que o magistrado opere justificando a eleição de um método adequando consecução entre meios e fins.

A priori, decisões daquela natureza, muito comuns no dia a dia da atividade judicial, aparentam ser eficientes, já que findam por garantir aos autores o reconhecimento aceca do direito ao tratamento adequado não alcançado pela via administrativa.

Entretanto, observadas a partir da noção do princípio da “maximização da riqueza” que, como conceituado, leva em conta a abordagem Pareto-superior ou mesmo Kaldor-Hicks, seu equivalente menos exigente, é possível considerá-las como inapropriadas, já que a situação de terceiros não envolvidos pode em muito se tornar prejudicada.

Isso porque o aporte destinado por eventuais constrições sobre o orçamento estatal ou, no caso do plano de saúde, o encargo provocado com a diluição dos custos pelas operadoras junto às mensalidades dos demais contratantes, implica a assunção de perdas de parte a parte, resultando em um cálculo negativo.

Ademais, levando em conta a profusão de decisões semelhantes em abono ao “direito à saúde”, independentemente de quanto isso represente

em termos de desequilíbrio orçamentário – lembre-se que dinheiro/recursos públicos são escassos no sentido econômico da expressão<sup>54</sup> – ou no que tange à desconsideração dos termos pactuados no contrato de plano de saúde, garantindo uma ampla e praticamente irrestrita desconsideração do princípio do *pacta sunt servanda*, levando à insegurança jurídica, o Judiciário estabelece o incentivo para que mais litígios semelhantes sejam instaurados.

Se essa atuação pode ser percebida como estímulo, pautando o aumento da demanda por ações dessa natureza, é possível também conjecturar sobre o condicionamento que possa gerar desta feita às partes adversas, as quais, portanto, respondem por meio de contramedidas a fim de evitar o prejuízo.

Isso significaria, por exemplo, que os agentes administrativos, ao temer eventual responsabilização em caso de descumprimento das decisões judiciais ou ainda cientes de que o erário deve ostentar verba para fazer frente aos pedidos ali originados, findem por contingenciar os recursos, deixando, assim, de aplicar as verbas nas políticas públicas equivalentes, minando o Sistema Único de Saúde que também sairia prejudicado para além da tão só retirada do montante propriamente dito.

No caso das Operadoras de planos de saúde, a mensagem transmitida no tocante à responsabilização irrestrita acerca da prestação do serviço em detrimento do quanto consignado nos contratos sinaliza a busca de alternativas no que tange à minimização do impacto financeiro sobre suas receitas, autorizando prática de um sem número de artifícios como referido em relação à diluição dos eventuais custos entre os demais usuários, ou, o que é pior, pela atuação insidiosa junto às agências regulatórias ou ao próprio Poder Legislativo na defesa de seus interesses no intuito de contornar sob o aspecto regulamentar essa “distribuição de direitos” (Posner,

---

<sup>54</sup> “Um recurso é escasso quando a quantidade disponível não é suficiente para satisfazer todos os usos que a sociedade quer fazer deles” (Krugman; Wells, 2015, p 06).

2007, p. 483).

Nesse contexto, “[...] mesmo que os juízes tenham pouco compromisso com a eficiência, suas decisões ineficientes irão, por definição, impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por suas decisões eficientes” (Posner, 2007, p. 484).

Isso demonstra que uma compreensão “econômica” dessas consequências é producente na medida em que permitiriam ao magistrado, se não uma visão mais racional, ao menos mais completa acerca do seu papel que, contemporaneamente, não se restringe a de mero decididor de casos individuais em uma sociedade mais complexa do que aquela onde formatada a noção primitiva de jurisdição.

Trata-se, mais uma vez, de pensar sob a perspectiva material sufragada acima e que corresponde também a uma compreensão – no caso das circunstâncias vinculadas ao exemplo dos contratos de plano de saúde – sobre um “mercado explícito” (Posner, 2010a, p. 73).

Entretanto, isso não significa que o método se restrinja a essa hipótese, cabendo também a “mercados implícitos”, ou seja, em campos onde “seria possível calcular o valor monetário desses serviços com base em substitutos deles vendidos em mercados explícitos ou de outras maneiras” (Posner, 2010a, p. 74).

A ressalva final presente na citação corresponde como categoria ao “mercado hipotético” (Posner, 2010a p. 74-75), que como ferramenta permitiria a aplicação da técnica a problemas que não envolvam bens ou serviços “patrimonializáveis” – como acontece no cenário das questões judiciais sobre o direito à saúde em face do Estado – mostrando-se, conforme visto acima, coerente com o raciocínio desenvolvido nesta seção.

É possível conjecturar, no caso brasileiro, que essa postura seja enxergada de maneira pejorativa, dada a experiência histórica delineada

quanto à formação do pensamento neoconstitucional que justificou em grande medida o surgimento do Estado de Bem-estar Social, com ampla circulação no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em função de sua elevada utilização por parte da Jurisdição constitucional a cargo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>55</sup>.

Esse caráter amolda-se à natureza sacrossanta que se tem relacionando aos postulados constitucionais dos mais aos menos fundamentais, princípios e objetivos consignados no texto fundamental e sua correspondente aura atribuída àqueles encarregados de exercer a jurisdição constitucional, reforçada na mística expressão “guardião da constituição” como diuturnamente repetido nos discursos e nos extenuantes votos exarados no controle de constitucionalidade.

Nada obstante, a funcionalidade do método contradiz essa rejeição, sendo capaz de proporcionar respostas objetivas a partir de dados e inferências mais realistas.

### **5.3 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO CASE A PARTIR DA AED COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO: INCONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS.**

Em seu artigo intitulado “Algumas consequências de quatro incapacidades”, Charles Sanders Peirce<sup>56</sup>, ao criticar o cartesianismo como método de inferência que domina a produção do conhecimento científico,

---

<sup>55</sup> De forma emblemática a esse respeito, a exortação formulada pela Ministra Carmen Lucia que no plantão judiciário, em decisão liminar exarada na Medida Cautelar em ADPF no 532-DF, num rompante de absoluta idealização da questão afirmou: “Saúde não é mercadoria. Vida não é negócio. Dignidade não é lucro. Direitos conquistados não podem ser retrocedidos sequer instabilizados”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=384048>. (Acesso em 04/03/2019)

<sup>56</sup> Disponível em: <http://www.unav.es/cep/AlgunasConsecuencias.html#nota1> (Acesso em 26/02/2019)

destacou de quatro de seus postulados básicos algumas consequências que se revelam a partir de incapacidades.

Segundo esse precursor do pensamento pragmático (i) a análise de certos fatos sob um prisma científico não ostenta como ponto de partida uma “dúvida universal”, já que o investigador, ser humano inserido em um determinado contexto, é dotado de prejuízos e compreensões prévias que influenciam a análise do seu objeto; (ii) o juízo de certeza que é conclusão do processo cognitivo não pode ser apoiado exclusivamente na consciência individual do estudioso daquela decorrente; (iii) inexiste uma forma exclusiva de garantir a compreensão de certo fenômeno apropriada das ciências naturais; (iv) fatos inexplicáveis não podem ser apreendidos pela consciência e, portanto, cognoscíveis neste patamar.

Dos pontos levantados, dois são particularmente apropriados à discussão acerca da atividade judicante do STF quanto à esta seção e relacionáveis ao referencial teórico que orienta a análise.

A extensão dos efeitos da união estável aos casais heterossexuais ocorre em um determinado momento histórico em que o seu reconhecimento é possível, fato reforçado pela valência que pode ser inferida implicitamente dos padrões assumidos pelo relator do caso ao invocar elementos conceituais os quais lhe permitem chegar à conclusão que tomou.

O segundo ponto de interesse desta decorrente está associado justamente ao método pelo qual essa compreensão se tornou viável, pois produzida a partir do desenvolvimento de toda uma argumentação que se pretende racional do ponto de vista jurídico, ao escrutinar temas que ostentam natureza diversa sob uma perspectiva que não leva em conta informações e contribuições de outras áreas tão ou mais elementares à matéria do que o próprio direito, Além, é claro, da ausência de perspectiva sobre as consequências que essa opção é capaz de acarretar.

### **5.3.1 Análise e crítica acerca dos componentes do acórdão da ADPF no 132-RJ e ADI 4.277-DF**

Em passagem da seção anterior, dois exemplos práticos foram utilizados para demonstrar como o raciocínio gestado a partir dos instrumentos formatados pela Análise Econômica do Direito, ambos relacionados à garantia à saúde, pode ser conduzido no intuito de garantir uma explicação sobre os prováveis impactos de decisões judiciais, circunstância diuturnamente desconsiderada na aplicação do direito pelos magistrados<sup>57</sup>, que optam pela utilização de categorias abstratas e genéricas, aí incluída, dentre outras, a “dignidade da pessoa humana”.

Embora um daqueles paradigmas seja bastante aproximado à economia, já que toca às relações de natureza privatística, pois se trata de matéria vinculada ao Direito das Obrigações e dos Contratos, o segundo se distancia um pouco, pois além da matriz constitucional à qual diretamente ligado, vincula-se à atuação do Estado na consecução do seu papel primordial quanto à oferta do serviço público, sob um formato de bem-estar social normalmente associado àqueles mesmos conteúdos genéricos, desta vez observados nos objetivos traçados no Texto fundamental.

Esse último contexto corrobora o raciocínio ali também defendido a fim de demonstrar a amplitude conseguida pelo movimento Law and Economics para outros domínios que não aqueles mais óbvios, associados ao direito privado ou mesmo ao campo do direito antitruste, servindo de

<sup>57</sup> Ao tratar da “atividade judicial pragmática”, a fim de estabelecer a distinção daquela de natureza positivista, Richard Posner (2010c, p. 381-382) menciona que a atuação do julgador sob este parâmetro está vocacionada a encontrar o resultado que melhor atenda às necessidades “presentes e futuras”, utilizando a jurisprudência e a legislação como elementos informativos, mas não necessariamente condicionantes. Isso não significa, porém, que a eventual superação dessas lindes deva ocorrer gratuitamente, senão por meio de uma verificação do impacto que porventura elas possam ocasionar no sistema. Em outra, obra, distingue a visão pragmatista daquelas cuja orientações assentam-se na presunção de que existe uma resposta correta para todos os dilemas enfrentados judicialmente como referendado pelo que denomina de “realismo moral” (Posner, 2007, p. 263-272).

lastro não só para constatar e explicar certos fenômenos, o que se convencionou chamar de “Teoria Econômica Positiva”, mas principalmente a fim de ajustar-se de maneira mais racional e objetiva como critério para a solução de questões jurídicas ao oferecer um panorama das consequências a serem encampadas ou não pelos operadores do direito, conformando o que foi denominada por “Teoria Econômica Normativa”.

Sua exploração, entretanto, ocorreu de maneira sintética, o que recomenda uma explanação mais cuidadosa a fim de corroborar a utilização da AED como alternativa à já clássica hermenêutica levada à efeito nos tribunais, ratificando ainda mais o argumento central sobre a funcionalidade interpretativa desses postulados.

Para tanto, será empregada outra questão tão paradigmática quanto às anteriores no âmbito do exercício da jurisdição constitucional taxada de ativista, já que segundo conceito também evidenciando na primeira parte deste trabalho, trata-se de atuação, por assim dizer, “suplementar” do STF ao Poder Legislativo, que ainda não editou, apesar dos vários projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, norma alguma que chancele o matrimônio ou reconheça a união estável de casais homoafetivos, luta travada desde a edição do próprio Texto constitucional de 1988<sup>58</sup> e levada a cabo pela Corte Suprema em meados de 2011.

Tal omissão findou por ser colmatada – observe-se que um dos argumentos em prol da atribuição de poder normativo no exercício da jurisdição constitucional consiste justamente em caracterizar o Judiciário como trincheira protetiva das minorias subjugadas pelo princípio majoritário.

---

<sup>58</sup> Conforme consta nos anais da Comissão de Redação da Constituição de 1988, houve referência expressa a respeito da restrição dos efeitos da união estável aos heterossexuais como se observa no debate transscrito em que então Constituinte Gastone Righi faz referência ao autor do texto do dispositivo a fim de expressamente definido as expressões “homem e mulher” para não dar azo a interpretação de que o instituto poderia também ser invocado pelos casais gays, tal como suscitado em análises veiculadas em noticiários da época. (Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/redacao.pdf>. Acesso em 14/22/2019)

tário nas democracias contemporâneas – a partir do julgamento de duas medidas insitas ao controle concentrado de constitucionalidade pela Corte Suprema.

A primeira refere-se a uma ADI proposta pela Procuradoria Geral da República, registrada sob o número 4.277-DF; a segunda trata de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental identificada cronologicamente como ADPF no 132-RJ manejada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Ambas buscavam garantir uma interpretação conforme à constituição acerca do conteúdo do artigo 1.723 do Código Civil, que trata da união estável no patamar infraconstitucional, para estender seu alcance aos casais homoafetivos, existindo, por parte da ADPF, entretanto, um campo de incidência um pouco mais abrangente, já que demandava a extensão da validade de prerrogativas de cunho administrativo e previdenciário previstas no regime jurídico aos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro e seus dependentes, parceiros de mesmo sexo.

Levando em conta a identidade de objetos e a viabilidade regimental e jurisprudencial em convolar aquela última em ADI, as medidas foram deliberadas conjuntamente e reunidas pelo critério da prevenção sob a relatoria do então Ministro Ayres Britto, contando com a participação de vários amici curiae, na sua grande maioria entidades associadas a defesa de direitos de grupos LGBT.

Dos onze magistrados componentes da Corte, além do relator, oito ministros proferiram seus votos, impedido o Ministro Dias Toffoli, em função de haver atuado em uma delas na condição de advogado geral da União, de integrar a Corte e ausente a Ministra Ellen Gracie.

Vale ressaltar que houve a participação oral na defesa de argumentos por parte da Dra. Maria Berenice Dias, uma das pioneiras no reco-

nhecimento do tratamento isonômico da homoafetividade à época em que exercia a magistratura no Estado do Rio Grande do Sul, bem como do então professor e atualmente integrante daquela Casa de Justiça, Luis Roberto Barroso.

Por unanimidade o Pleno, conforme resultado constante no dispositivo do acórdão, findou por reconhecer, em caráter vinculante e erga omnes, os mesmos efeitos jurídicos da união estável dos casais heterossexuais aos parceiros homoafetivos, desconsiderando, portanto, a literabilidade do artigo 1.723 do Código Civil, que reproduz, por sua vez, quase que textualmente o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, atribuindo-lhe uma “interpretação conforme”.

Realizando um corte epistemológico, a análise subsequente recairá sobre os fundamentos apresentados no voto do relator, fazendo-se referências pontuais aos debates e, quando pertinente, à participação de outros ministros, que finda por estabelecer certos *obiter dicta* cuja citação se justifica para uma melhor compreensão dos problemas intrínsecos ao julgado.

Isso se dá se dá por dois motivos.

O primeiro, em função da reiteração dos argumentos realizada pelos demais julgadores em relação àqueles mesmos elementos consignados no voto condutor, ressalvadas algumas questões de estilo ou de ênfase.

A segunda razão é a prolixidade. Salvo raras exceções, como ocorre com os votos do Ministro Joaquim Barbosa e da Ministra Carmen Lúcia, cujas participações são bastante objetivas, sindicar a participação de todos os julgadores tornaria as digressões e críticas apresentadas bastante repetitivas. Ademais, julgado à unanimidade, conforme retratado na proclamação do resultado, tem-se a atuação do relator como condutora das lides fixadas para o julgado.

Estabelecidas essas premissas, o relatório é composto de nove pá-

ginas, nas quais o Ministro Ayres Britto discrimina (i) os tipos de ações constitucionais propostas pelos requerentes e sua reunião para análise, dada a identidade em relação à causa de pedir; (ii) os fundamentos apresentados pelos autores quanto à fixação de interpretação que garantiria aos casais homoafetivos o reconhecimento das mesmas prerrogativas fruídas pelos heterossexuais, arrolando para tanto como base jurídico-normativa: o princípio da igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, a razoabilidade e proporcionalidade; (iii) a referência à integração do ordenamento pela utilização da técnica da “interpretação conforme à constituição”, no intuito de vincular o sentido do artigo 1.723, bem como aqueles incluídos no Regime dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro a fim de debelar qualquer discriminação aos casais homoafetivos.

Ainda nesta etapa, o relator sintetiza as informações prestadas por várias instituições, valendo aqui destacar, entre todas, aquelas encaminhadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados comprovando o dissenso entre os Órgãos jurisdicionais de cúpula quanto à análise de casos envolvendo tal equiparação, já que uma parte dessas Cortes – dentre elas as pertencentes ao Acre, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná – acolhia a pretensão; outras – como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e aquele de Santa Catarina – recusavam tal caracterização, e, concluindo ser suficiente o tratamento jurídico no âmbito do Direito das Obrigações, ao qualificar estas entidades como “sociedade de fato”, apesar das distintas consequências jurídicas que advém dessa percepção.

Apresentadas, portanto, as bases em que colocada a questão, seguiu-se propriamente ao voto vazado em trinta e duas páginas, nas quais é possível perceber, nitidamente, a divisão dos fundamentos em dois momentos, muito embora o relator não haja procedido formalmente a essa sistematização.

No primeiro trecho – superados os elementos procedimentais as-

sociados à reunião das medidas e à justificação da convolação da ADPF em ADI – o Ministro Aires Britto cuida da questão da sexualidade humana, tachando o tema como manifestação direta da personalidade e que se exterioriza como preferência ligada à autonomia e à personalidade do indivíduo.

Suspende esse juízo inicial para apresentar uma análise evolutiva do termo designativo da parceria entre casais do mesmo sexo, consignando que as expressões homossexualismo e homossexualidade carregam um certo estigma cuja tentativa de superação encontra resposta no neologismo “homoafetividade”, por denotar o vínculo de solidariedade entre seus pares, circunstância que será mais adiante fundamental para a justificativa do magistrado em prol do reconhecimento da procedência do pedido.

Isso porque, ainda segundo os elementos constantes no voto, o propósito amoroso – inexistindo qualquer desiderato de ordem distinta como o de natureza patrimonial, por exemplo – consiste na essência do enlace, o qual, por sua vez, implicará – mais à frente a questão é explorada com um cuidado maior – a noção de família, cuja proteção é obrigação do Estado, tomada como ponto nodal do raciocínio do relator.

Daí o eminentíssimo ministro retorna à questão da sexualidade com a qual abriu seu voto, capitulando em quais dispositivos constitucionais o vocábulo ou uma de suas variantes aparece, entre eles, o artigo 3º, inciso IV, que estabelece como objetivo do Estado brasileiro a promoção do bem de todos sem qualquer modalidade de discriminação, dentre estas, o sexo.

Deduz como notório que esse instituto na Constituição é usado com “significado anátomo-fisiológico descoincidente entre homem e mulher”, ou seja, como identificador do “gênero”<sup>59</sup> humano em duas espécies,

<sup>59</sup> Em subseção dedicada ao “construcionismo social” logo no capítulo de abertura ao tratar sobre “teoria sexual”, Richard Posner (1998, p. 23-30) dá conta a respeito da visão formulada por uma parcela de filósofos que defendem que a sexualidade não está condicionada aos fatores biológicos, sendo antes um produto social e cultural. Essa visão é alimentada pela verificação acerca das distinções que

a masculina e a feminina, para evidenciar a primeira premissa de que a mera discrepância biológica não pode ser usada como fator de tratamento discriminatório ou de “desigualdade”, em respeito ao disposto na norma referida.

Isso significaria, ainda nas palavras do julgador, que o bem comum só pode ser alcançado pela eliminação do preconceito, incidindo aqui em uma evidente tautologia.

Ainda sobre as conclusões firmadas a partir desse preceito, argumenta que, ao nivelar o sexo à raça, cor da pele, origem social e geográfica das pessoas<sup>60</sup>, dado empírico, portanto, o constituinte impôs um tratamento sem distinções aos indivíduos, desembocando, assim, no direito à igualdade também referendado pela Carta política, pois arrolado entre as garantias fundamentais no artigo 5º, que logo mais será retomado como o segundo critério fundamental para a sua conclusão.

Antes, porém, o voto condutor, ainda no contexto fisiológico, aponta para a prática do sexo enquanto função – estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica – estabelecendo o instinto como elemento prévio à afetividade, já que é por meio deste último que se fixa aquele primeiro, outra circularidade argumentativa.

É justamente aqui que a guinada se torna surpreendente.

---

podem ser assumidas por transexuais, travestis ou mesmo por homossexuais que assumem maneirismos e características do sexo oposto, o que corroboraria aquele raciocínio. Assim, A terminologia adotada pelo relator mostra-se aparentemente paradoxal aos fundamentos utilizados na defesa de uma visão tolerante e contemporânea sobre a homossexualidade ao associá-los sinonimicamente, reverberando ainda a crítica acerca do pouco traquejo da judicatura no enfrentamento de questões onde uma compreensão transdisciplinar é necessária.

<sup>60</sup> Conforme mencionado em nota anterior, trata-se de uma premissa falsa, já que uma mera pesquisa nos anais da Constituinte pôde-se constatar que a par da regra generalizante da isonomia presente no artigo 5º quis o legislador estabelecer uma distinção que, apesar de reprovável sob o ponto de vista da evolução da contemporânea na luta pelo reconhecimento dos direitos dos homossexuais se mostrou uma escolha política naquele momento.

Apesar de passar um certo tempo para justificar retoricamente aquele vínculo, o relator finda por reverberar o “silêncio eloquente” da Constituição nesta matéria, fato que, segundo as razões apresentadas insere a sexualidade como corolário do direito à privacidade e à intimidade.

Tal raciocínio dá a deixa para a conclusão de que qualquer preocupação por parte do Estado acerca da eleição de parceiros sexuais ou de práticas dessa natureza como, por exemplo, o onanismo – o ministro exclui a pedofilia e o incesto deste rol, taxando-as de “desvario ético-social”<sup>61</sup> – consistiria em violação àqueles direitos fundamentais, devendo permanecer no âmbito do foro íntimo.

Ao perguntar-se se o sistema constitucional deixa os parceiros homosafetivos ao desabrigo, o relator ingressa na segunda parte de sua argumentação, dedicada à compreensão de outro instituto correlacionado: a família.

Afirma que, apesar de ter recebido a atenção do constituinte, que lhe deferiu uma proteção especial, em sentido diametralmente oposto, não cuidou de conceituar o que se deve entender como tal.

Ao buscar suprir essa lacuna, afasta a hipótese de considerar o casamento como pré-requisito da noção de família já que, diferentemente do Texto constitucional anterior ao de 1988 – precisamente o artigo 175 da Constituição Federal de 1967 – o atual não vincula o surgimento deste núcleo àquele ato jurídico de natureza solene.

Mais uma vez, depois de listar vários trechos da lei fundamental

---

<sup>61</sup> Apesar da afirmação contundente, a repulsa peremptoriamente afirmada pelo relator não encontra respaldo histórico. Para tanto, basta uma breve constatação a respeito do hedonismo grego e da particular permissividade que esta sociedade acalentava quanto a relação estabelecida entre adultos e adolescentes, em regra de natureza homossexual masculina (Posner, 1998 p. 42). Atualmente, cresce em um certo sentido a defesa da pedofilia como orientação sexual e não como desvio cognominada de “ativismo pedófilo”. (Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2016/07/5-coisas-que-voce-nao-sabia-sobre-pedofilia.html>. Acesso em 14/02/2019), circunstância que, apesar de polêmica, é capaz, ao menos, de colocar em suspensão o argumento em questão.

onde o vocáculo tem vazão, retorna ao caput do artigo 226, afirmando sua importância peremptória, apesar, como dito antes, da ausência de contornos objetivos sobre o instituto.

Ao argumentar que essa omissão induz à compreensão de família da maneira mais abrangente possível, tratando-a como fato sociocultural a permitir várias formatações ou modelos – o que apontaria para a própria desnaturação do instituto – o ministro finda por estabelecer que a afetividade – mais uma vez sem elucidar os parâmetros para tanto, a não ser por se referir a expressões como “núcleo doméstico” ou “família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo” (o destaque foi acrescido) – deve preencher esse espaço, donde conclui “[...] que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros” convolando-se na “base da sociedade”.

A ligação deste segundo trecho da fundamentação com o primeiro parece assentar-se na proibitiva distinção que poderia ser aplicada ao núcleo familiar em qualquer de suas manifestações, dentre elas a família gestada a partir de uma parceria homoafetiva, que pode se caracterizar, por sua vez, uma união estável desde que respeitados aqueles mesmos critérios estabelecidos na legislação<sup>62</sup>, em abono ao princípio da igualdade.

A par das próprias estruturas jurídicas estabelecidas na decisão, e apesar de sua razoável coerência – há sutis contradições durante algumas passagens como ressaltadas acima – é possível revelar sérios defeitos no raciocínio desenvolvido pelo relator, circunstância que prepara o terreno para demonstrar por que a Análise Econômica do Direito serviria como método mais qualificado para a solução da questão.

---

<sup>62</sup> De acordo com a Lei no 9.278/96, que regulamentou o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, o reconhecimento da união estável deve ocorrer caso preenchido os critérios estabelecidos em seu art. 1º os quais correspondem a convivência duradoura, pública e contínua firmada com objetivo de constituir uma família. O Código Civil de 2002 também ao tratar do tema praticamente reproduz os mesmos signos distintivos dessa entidade no artigo 1.723.

De uma forma geral, alguns dados são, no mínimo, curiosos em se tratando de uma percepção crítica sobre o voto condutor.

Apesar de estabelecer associações que indicam um conteúdo histórico, sociológico, filosófico, psicológico ou antropológico acerca das inferências centrais na argumentação aplicadas a institutos como “afetividade” e “família”, o relator, durante todo o seu discurso, cita, para fundamentar seus argumentos, apenas um dicionário; dois ensaios, um deles publicado no XX CONPEDI denominado “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo” e o outro na coletânea “O princípio do esquecido”, cujo título é “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”; e o seu próprio compêndio de Teoria Constitucional. Demais disso, faz referência ao pensamento de Hans Kelsen, Friedrich Muller e Carl Gustav Jung sem, contudo, precisar-lhes a origem.

No tocante aos fundamentos propriamente ditos, a primeira observação que deve ser feita é sustentada no critério utilizado para vincular a noção de que o artigo 1.723 do Código Civil deve ser interpretado de forma a autorizar a união estável de casais homoafetivos, a fim de atender os condicionamentos do Texto fundamental quanto à proibição do preconceito e ao princípio da isonomia.

Isso ocorre por dois motivos, um de ordem formal e outro material, sendo o primeiro deles associado à técnica de controle de constitucionalidade utilizada pelo relator.

De acordo com a dogmática constitucional, essa técnica deve ser utilizada para fixar um determinado sentido de uma norma jurídica que seja compatível com o Texto Fundamental, vinculando os Órgãos Administrativos e Judiciários de acordo com o expresso no parágrafo único do artigo 28 da Lei no 9.868/99 à sua compreensão.

Ocorre que esta ação só é viável se a regra sob análise comportar

plurivocidade semântica, pois é justamente essa variabilidade que permitiria ao intérprete eleger, dentre outros significados possíveis, algum que violasse a Carta política, equívoco que seria corrigido pela atuação via controle de constitucionalidade, a partir do que, por isso mesmo, se convencionou chamar de “interpretação conforme a constituição” (Sampaio, 2002, p. 208-209).

Nada obstante, não parece ser esse o caso do questionado dispositivo do Código Civil, inexistindo ambiguidade nas expressões ali alocadas que associam o instituto da união estável aos parceiros do sexo masculino e feminino.

Com isso não se quer dizer que as relações homoafetivas devam ser relegadas à alguma espécie de subcategoria, mas tão somente que não é possível atribuir vagueza pendente de integração pela via mencionada aos vocábulos “homem e mulher”. Observe-se que o próprio decididor foi capaz de estabelecer um critério de identificação que afastaria qualquer dúvida a respeito do que se pode compreender como entidade do sexo masculino e feminino.

Deste modo, a questão mais se aproxima à analogia<sup>63</sup>, embora o relator não haja atentado para essa modalidade de integração do ordenamento jurídico, ausente qualquer referência em suas digressões.

Essa circunstância, entretanto, não escapou ao Ministro Gilmar Mendes, que, durante o seu voto, tratou em uma sessão totalmente dedicada a questão, fazendo a seguinte referência:

---

<sup>63</sup> Ao tratar do fenômeno da mutação constitucional em seu manual de Direito Constitucional, Luis Roberto Barroso (2010, p. 130-131), hoje ministro do STF, distingue esse mecanismo de duas formas de interpretação denominadas de construtiva e evolutiva, sendo a primeira concernente a aplicação de uma determinada norma constitucional a fim de criar uma nova figura ou hipótese de incidência e a segunda relacionada aplicação do texto a situações que não foram contempladas quando da estipulação da regra muito embora seja perceptível a sua adequação a ela. Em nota de rodapé, afirma textualmente que o caso do reconhecimento das uniões estáveis se enquadra na primeira dessas categorias hermenêuticas.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lúcio. *O controle de jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança na própria concepção original do legislador (ADI 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADI 1344-ES, Rel. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004).

O problema se torna ainda mais evidente quando se percebe – isso também foi alvo de comentário do mesmo ministro, desta vez em aparte produzido nos debates – que a redação do artigo em questão é praticamente idêntica àquela estampada no Texto fundamental, precisamente no parágrafo 3º do art. 226, distinguindo-se apenas porque, no caso infra-constitucional, o legislador já inserira os critérios para que a parceria seja legalmente considerada como vínculo de união estável.

Assim, se, de fato, se objetiva eliminar um status de preconceito a fim de reconhecer uma prerrogativa à qual, a priori, não foi abarcada pela Constituição, já que não seria possível conferir uma “interpretação conforme” sem extrapolar os limites da própria técnica, outra solução hermenêutica ou método equivalente deveria ser utilizado sob pena de se fazer tábula rasa ou, o que seria pior, repita-se, uma utilização adulterada da técnica. Ainda nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

Desde o começo, eu fiquei preocupado com esta disposição e cheguei a comentar com o Ministro Ayres Britto, tendo em vista como amplamente confirmado, que o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, cheguei a pensar que era um construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria um modelo de interpre-

tação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional.

Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos, é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem (sic) ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se o dispositivo como óbice à proibição.

É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão muito de forma muito clara porque isso trará implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, a manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte.

E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A última parte da ressalva suscitada pelo ministro e mencionada na citação aponta para a segunda perspectiva acerca do defeito presente no voto condutor, aquela de cunho material, referido linhas atrás.

Na opinião do Ministro Ayres Britto, a união homoafetiva deve ostentar o mesmo status daquelas de caráter heterossexual, porque os princípios da vedação ao preconceito, juntamente com a noção abrangente que deve ser dada ao gênero “família”, onde o instituto se insere, levam ao seu tratamento igualitário, e portanto aquela idêntica proteção jurídica especial dada à modalidade, o que é reforçado pela ausência de proibição explícita do texto constitucional. Veja-se que os vocábulos “homem e mulher”, na visão encampada, não representariam tal vedação.

Como o artigo 1.723 do Código Civil, atacado pela via do controle de constitucionalidade, é semelhante àquele presente na Constituição, entender que ele precisa de uma “interpretação conforme” significa implicitamente admitir que o parágrafo 3º do artigo 226 do Texto fundamental também necessitaria de uma correção hermenêutica.

Isso implica admitir que há conflito de normas constitucionais originárias, ou seja, entre esse dispositivo e os artigos 3º, inciso IV e o caput do artigo 5º, taxando-se primeiro – ou pelo menos a interpretação que dele se faz ao aplicá-lo somente aos casais heteroafetivos – de inconstitucional.

Não que isso represente alguma extravagância, já que dogmaticamente é possível conjecturar essa hipótese, na linha do raciocínio formulado por Otto Bachoff (2014, p. 54-55), que a esse respeito deduz:

Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional.

Esta questão parece, à primeira vista paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, no-meadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito fundamental da Constituição: ora, o facto é que por constitucionalistas tão ilustres como KRÜGER e GIESE foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida.

O entrave é que a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal não acolhe essa distinção<sup>64</sup>, inexistindo qualquer menção a essa dis-

<sup>64</sup> O tema restou decidido por ocasião da ADI 815/DF, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves e publicado no DJU em 10/05/1996 em acórdão assim ementado: “Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face

função por parte do Colegiado no julgamento da matéria, o que reforça a compreensão de que a atuação da Corte foi de fato mais política do que jurídica, muito embora acobertada pela retórica de uma análise de postulados eminentemente constitucionais, infraconstitucionais, sociológicos ou filosóficos.

Seguindo, portanto, essa linha, deveria haver compatibilização do instituto com o sistema jurídico, o qual, aliás, permite, em detrimento do entendimento do eminente relator, que exceções à isonomia sejam admitidas, seja levando em conta as particularidades do contexto e sua racionabilidade frente a norma<sup>65</sup>, seja a propósito do próprio interesse do legislador em formular tais reservas.

Essa segunda hipótese foi, de certa maneira, ventilada no voto condutor, pois o Ministro Ayres Britto não enxerga na literalidade do dispositivo, ou seja, ao fazer referência às duas espécies do gênero humano, uma proibição ao reconhecimento de uma composição familiar que abrigue a homoafetividade.

Nada obstante, o relator parece incorrer numa grave confusão, pois

---

de outras e incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, preciupamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido".

<sup>65</sup> Bastante conhecida é a possibilidade de se restringir o acesso a cargos públicos, proibindo que certos candidatos, em função da idade, possam se submeter ao processo seletivo, admitindo-se, assim, a diferenciação por motivo de idade, um dos elementos que, a priori, não poderia ser manejado a fim de excepcionar princípio em questão, desde que justificado em função das atribuições do cargo. Esse entendimento, aliás, é sufragado pelo próprio STF conforme enunciado pela súmula 683.

trata como quase sinônimos o conceito de “família” e “união estável”, o primeiro de natureza sociológica, tanto que conceitualmente deixado à margem no ordenamento, conforme referido no próprio voto; o segundo, propriamente de caráter jurídico.

Realmente, o Estado, por meio da lei fundamental, não deveria e de fato não regulamentou o que se deve entender por “família”, sendo viável, na conjuntura do tecido social, que várias espécies de relação entre os indivíduos assumam tal condição.

Disso, contudo, não decorre necessariamente que a uma determinada espécie de vínculo sejam atribuídos alguns efeitos jurídicos sem que à outra similar eles possam ser subtraídos.

Pensar contrariamente redundaria na esdrúxula conclusão de que basta estabelecer qualquer relacionamento afetivo para que seja viável encaixá-lo naquele gênero e, portanto, garantir a aplicação do instituto correlato, sob pena de violação aos princípios da vedação ao preconceito e isonomia, generalizando tanto a aplicação da norma até que se atinja a sua ineficácia ou mesmo a sua inutilidade.

Essas falhas, porém, poderiam ser evitadas através da utilização de uma metodologia alternativa à disposição dos julgadores, conforme será exemplificado a seguir.

### **5.3.2 Revisando o caso sob o viés hermenêutico da AED**

De acordo com a análise crítica formulada no item anterior, o relator começou o tratamento do tema a partir de um resgate etimológico de expressões identificadoras da relação homoafetiva.

Tal postura dá a impressão de que a introdução redundaria em uma contextualização empírica acerca da matéria, ao demonstrar uma certa

evolução que vai desde uma perspectiva hostil atribuível à expressão “homossexualismo” – pois o sufixo ostenta uma carga associada a um padrão desviante de conduta inclusive relegada a alguma modalidade de desequilíbrio psiquiátrico – até aquela representativa da aceitabilidade social dessas interações designada pela palavra “homoafetividade”.

O problema, entretanto, é que o ministro não situa o percurso dessa projeção em termos históricos ou propriamente factuais, não se preocupando em apresentar dados ou estudos que suportem a narrativa, como se todos esses constructos fossem aprioristicamente revelados.

Seria mais adequado, acaso esse interesse não se mostrasse puramente retórico como aparenta, que o decididor se debruçasse em como a demanda pelo reconhecimento da união estável aos parceiros homoafetivos fora judicializada no Brasil<sup>66</sup>, relembrando a noção sempre presente de que cumpre a esse Poder o equacionamento de problemas concretos que exigem uma solução, consonante a premissa já estabelecida não apenas pelo pragmatismo jurídico, mas também quanto à Análise Econômica do Direito, que se ocupa tanto com a solução quanto com o diagnóstico da questão, e que compreende o que se denominou por “teoria econômica positiva”.

Neste contexto, foi negligenciada a origem do problema em termos judiciários, muito embora haja referência a ela nas informações prestadas pelas diversas instituições que atenderam ao chamado do STF, como dissí-

---

<sup>66</sup> O contexto difere, por exemplo, daquele ocorrido nos Estados Unidos já que lá, por volta da década de 1970, as prerrogativas em questão estavam ligadas à luta pelas liberdades civis e políticas dos gays que sofriam uma espécie de preconceito institucionalizado pois em muitos estados americanos, principalmente naqueles de matiz conservadora localizados no sul, existem leis que criminalizam a sexualidade proibindo, por exemplo, a “sodomia” e, portanto, taxando o comportamento homossexual como desviante (Posner, 1998, p. 60-61). No Brasil, por mais que o preconceito também se manifeste, o seu campo de incidência ocorre em âmbito social e, portanto, mais velado, já que inexiste uma profusão legislativa sobre o comportamento sexual, a não ser os poucos casos tipificados como ilícito penal vinculados à violência como o estupro dentre outros capitulado nos crimes contra a dignidade sexual, mas em nenhum caso distintivo das interações entre pessoas do mesmo sexo.

dio que envolvia os Tribunais de Justiça dos Estados a respeito da controvérsia sobre a natureza jurídica da relação homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro, que até o momento não conta com uma norma específica produzida pelo Legislativo que a reconheça enquanto união estável ou mesmo matrimônio.

Não se pode negar que a comunidade homossexual, de maneira organizada ou não, haja buscado o reconhecimento de uma pauta de reivindicações de evolução civilizatória que pregue a tolerância dentre outros valores de cunho ético ou mesmo político (Posner, 1998, p. 292).

Essa atuação pode inclusive ser constatada no caso concreto pelo engajamento e participação de diversas entidades na condição de *amici curiae*, apesar de quase nenhum relevante ter sido dado aos argumentos eventualmente sustentados, ao menos em caráter explícito, já que o relator a eles não faz qualquer referência na condução do voto.

Entretanto, a questão ligada ao status de conviventes imputável a parceiros do mesmo sexo chegou ao Judiciário em função de uma agenda bem mais prosaica.

Em um determinado momento, tornou-se comum, começando pelo Rio Grande do Sul, a postulação de benefícios previdenciários, dado o falecimento de um dos conviventes ou no caso de rompimento da parceria pela busca da partilha dos bens amealhados durante a convivência, à semelhança do que ocorria para os casais heterossexuais, medidas que ostentam forte apelo patrimonial.

Este último gênero de causas foi diuturnamente ajuizado perante às varas de família e, na maioria das vezes, extintas prematuramente pelos magistrados ao reconhecer de ofício a impossibilidade jurídica do pedido, que, antes do Código de Processo Civil em vigor, correspondia a uma das condições da ação, justamente em função da referida inexistência de nor-

ma legal que reconhecesse a união homoafetiva nos mesmos moldes aplicáveis às heterossexuais e interpretada, assim, como omissão proibitiva.

Mesmo quando o Judiciário conservador assim não procedia, os litígios em questão eram desde logo deslocados para as varas cíveis não especializadas, relutando-se a aceitação da aplicação do instituto aos casais gays.

Em relação a esta última postura, o Judiciário tipificava a relação como “sociedade de fato”, o que ostenta implicações patrimoniais bem distintas, acaso fosse empregado o reconhecimento da “união estável”.

De acordo com as lições mais básicas no Direito de Família, para essa última incide a presunção de partilha de metade dos bens adquiridos na constância da relação.

No caso da “sociedade de fato”, o postulante faz jus apenas à divisão daquilo que efetivamente comprove ter acrescido ao patrimônio, pressupondo uma atividade probatória mais substancial deste aporte, o que, em tais situações, se revelava extremamente problemático.

A consequência prática dessa distinção é bastante relevante, já que a presunção, aplicável no primeiro caso mas não no segundo, é um mecanismo que facilita o atingimento da finalidade do procedimento, fazendo com que se diminua não só o esforço probatório, mas também o tempo dedicado à construção da própria decisão, circunstâncias que, sob uma perspectiva econômica, representam custos ao processo<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Um exemplo interessante acerca do sistema americano discutido por Richard Posner (2011, p. 505-506) na obra “Fronteiras de Teoria do Direito” no capítulo dedicado “as normas do direito probatório” sobre a “doutrina dos erros inofensivos”, pode ser utilizado como paradigma para o tema. Segundo esse expediente, criado no âmbito do common law americano, uma decisão equivocada do ponto de vista jurídico quanto à exclusão ou admissão de provas não pode ser utilizada como fundamento recursal a fim de invalidar a decisão de primeira instância, exceto nos casos em que afrontar algum direito fundamental do réu. Ocorre que a maioria dos acusados naquele sistema são representados por defensores públicos e por não dispenderem qualquer remuneração, ou seja a um

Sua utilização, portanto, conduziria a uma alocação racional dos recursos judiciais, o que se mostra compatível com uma postura vinculada à Análise Econômica do Direito havida como estratégia para superar de maneira mais rápida a solução da demanda.

Insistindo no caráter trivial da matéria, aquele dissenso jurisprudencial por si só também aponta para a conclusão sobre a necessidade de discussão e resolução do problema contemplado pela aplicação da união estável neste particular por um prisma que também se mostra mais objetivo, porque econômico.

Dirigindo mais uma vez a atenção aos argumentos apresentados pelo autor da ADPF e sumarizados pelo relator, vê-se que o princípio da segurança jurídica resulta em fundamento sensível, muito embora também desprezado no voto condutor.

Apesar da sua caracterização como norma de caráter principiológico e uma das garantias constitucionais presente no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Carta Política, o cânones é bem menos abstrato que os demais axiomas utilizados no voto.

Refere-se à necessidade de estabilidade das relações jurídicas, incompatível, portanto, com a existência de disputas jurisprudenciais como aquele pré-existente à resolução tomada pela Corte Constitucional brasileira, informando toda a estrutura que se pretenda estabelecer em um sistema de precedentes contemporaneamente buscado pelas reformas legislativas em nível constitucional e infraconstitucional.

Aliás, trata-se de uma competência delineada na Constituição Federal para o exercício do controle de constitucionalidade pós emenda cons-

---

custo nulo, findam por insurgir-se contra os veredictos apesar da pouca probabilidade de sucesso. Levando em conta esse contexto, os Tribunais findaram por estabelecer uma restrição no acatamento desses argumentos para evitar que novos julgamentos sejam realizados como modo de fazer frente a um novo dispêndio de tempo e de insumos.

titucional no 45/2004, como discriminado no parágrafo 1º do artigo 103-A, que dispõe sobre a súmula vinculante ao disciplinar a finalidade desse mecanismo e que referenda a noção mencionada neste trabalho acerca da migração cada vez maior do sistema brasileiro, tradicionalmente ligado ao civil law, para uma versão, mesmo que peculiar, do *common law*.

Essa assertiva mostra-se consentânea às lindes da AED, uma vez que, para o referencial teórico adotado, uma das funções mais elementares de um sistema judicial baseado em precedentes é garantir a previsibilidade de suas ações, permitindo que os indivíduos pautem sua conduta a partir das regras pré-estabelecidas, confiantes na constância inerente ao precedente judicial (Posner, 2007, p. 481). Tal papel é equivalente ao que a lei em sentido estrito representou à época de um positivismo jurídico mais influente (Bobbio, 2006, p. 39-40) – significando, em termos econômicos, uma redução do custo representado pela quantidade de informações cuja coleta se impõe para se chegar a alguma decisão (Posner, 2007, p. 60).

Ainda no tocante ao papel do Judiciário, foi dito linhas atrás que sua atuação, impregnada da lógica econômica (Posner, 2007, p. 144) – em maior grau no common law, mas com apelo similar à interpretação de meios e fins disciplinada no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro – deve ser informada pelo princípio da “maximização da riqueza” como critério hermenêutico de tomada de decisão.

O ministro relator tem razão quando afirma que a legislação não define objetivamente o que se deva entender por “família”, o que, segundo a sua ótica, permitiria “eleger” a afetividade como elemento fundamental das relações humanas inseridas nesse contexto, a fim de convolá-las em jurídicas e garantir o reconhecimento da união estável aos parceiros homossexuais.

Ocorre que admitir esse sentimento por si só como jurígeno con-

duz à conclusão, através de interpretação a contrario sensu, de que os sujeitos ligados por uma “*próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada*” relação – nos sete adjetivos utilizados pelo ministro para caracterizar o vínculo –, uma vez reconhecidos como pertencentes a uma unidade familiar, deixariam de sé-lo no momento em que tais sentimentos se exaurem, o que soa bastante temerário, tão só porque esse padrão está impregnado de subjetividade, cuja constatação se mostra extremamente problemática<sup>68</sup>.

Aqui também há um excesso de romantização que pode ser atribuída, aproveitando-se uma crítica posneriana ao sistema americano (Posner, 2010c, p. 322), à pouca ou nenhuma dedicação científica dos magistrados acerca das matérias sobre as quais são chamados a decidir em detrimento do aporte moral bastante utilizado, o que se explica pela aproximação um tanto perniciosa entre o jurídico e esta última categoria.

Além disso, na mesma linha de argumentação, é razoável cogitar que famílias disfuncionais ou desajustadas, por não atenderem ao mesmo padrão epistemológico, estariam desprovidas de proteção jurídica, já que permitiriam ao intérprete tipificar nos casos *sub judice* o que pode ou não ser reconhecido como associação dessa natureza.

Ainda neste campo conceitual, mesmo que falte, repita-se, uma noção formal de família, uma visão mais objetiva sobre o tema é alcançável, ainda que indiretamente, pela exploração das circunstâncias presentes na normatividade atual, em igual medida menosprezadas no voto condutor,

---

<sup>68</sup> Uma comparação no âmbito da responsabilidade civil tratada na obra “Problemas de Filosofia do Direito” pode ser bastante ilustrativa a este respeito. No regime da matéria distingue-se a responsabilidade objetiva e a culposa, nesta inserida os casos de negligência. Quanto à primeira, estabelecida pela lei os casos em que ela sucede, não haverá dúvida acerca da imposição da condenação quanto ao dever de indenizar pelo agente causador do ilícito, não cabendo aqui qualquer pesquisa acerca de elementos volitivos, circunstância bem diferente quando se trata da outra modalidade (Posner, 2007, p. 58), o que exige por parte do decididor a quem submetidas essas demandas todo um cuidado na instrução a fim de sindicar sua existência, circunstância que finda por prolongar o curso do procedimento.

que discorda de sua aproximação com aquele instituto em virtude da pretensa<sup>69</sup> obliteração realizada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

O ministro relator tem razão quando afirma que a legislação não define objetivamente o que se deva entender por “família”, o que, segundo a sua ótica, permitiria “eleger” a afetividade como elemento fundamental das relações humanas inseridas nesse contexto, a fim de convolá-las em jurídicas e garantir o reconhecimento da união estável aos parceiros homossexuais.

Ocorre que admitir esse sentimento por si só como jurígeno conduz à conclusão, através de interpretação a contrario sensu, de que os sujeitos ligados por uma “próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada” relação – nos sete adjetivos utilizados pelo ministro para caracterizar o vínculo –, uma vez reconhecidos como pertencentes a uma unidade familiar, deixariam de sê-lo no momento em que tais sentimentos se exaurem, o que soa bastante temerário, tão só porque esse padrão está impregnado de subjetividade, cuja constatação se mostra extremamente problemática .

Aqui também há um excesso de romantização que pode ser atribuída, aproveitando-se uma crítica posneriana ao sistema americano (Posner, 2010c, p. 322), à pouca ou nenhuma dedicação científica dos magistrados acerca das matérias sobre as quais são chamados a decidir em detrimento do aporte moral bastante utilizado, o que se explica pela aproximação um

---

<sup>69</sup> Em detrimento do raciocínio apresentado no voto, a associação entre casamento e família permite ser modulada ainda que em caráter implícito já que o Código Civil se refere ao termo no caput do art. 1.566 ao atribuir a responsabilidade comum para o homem e a mulher, na condição de consortes e companheiros, os “encargos da família” ou, ainda, quando menciona que o “planejamento familiar” é prerrogativa livre ao nubentes em detrimento de qualquer ingerência estatal. A crítica se torna ainda mais contundente quando se observa que a “constituição de família” é fixada como objetivo da formação da união estável pelos conviventes como diretamente mencionado pela Lei no 9.278/96 e também pelo Código Civil no artigo 1.723 que passou concomitantemente a regular a matéria, mantendo-se, portanto, a correlação entre os institutos.

tanto perniciosa entre o jurídico e esta última categoria.

Além disso, na mesma linha de argumentação, é razoável cogitar que famílias disfuncionais ou desajustadas, por não atenderem ao mesmo padrão epistemológico, estariam desprovidas de proteção jurídica, já que permitiriam ao intérprete tipificar nos casos sub judice o que pode ou não ser reconhecido como associação dessa natureza.

Ainda neste campo conceitual, mesmo que falte, repita-se, uma noção formal de família, uma visão mais objetiva sobre o tema é alcançável, ainda que indiretamente, pela exploração das circunstâncias presentes na normatividade atual, em igual medida menosprezadas no voto condutor, que discorda de sua aproximação com aquele instituto em virtude da pretendida obliteração realizada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

Neste particular, estão os deveres discriminados no artigo 1.566 do Código Civil. Entre todos os cinco listados, apenas o último guarda uma certa subjetividade na linha do critério estabelecido no voto condutor, já que se refere a “respeito e considerações mútuos”. Os demais, por sua vez, são decididamente objetivos, pois pouco associáveis a qualquer conjectura de natureza sentimental, afinal, “fidelidade recíproca”, por exemplo, comprehende exclusividade nas relações sexuais.

Já o primeiro deles, ao referir-se à “fidelidade”, indica a necessidade de que seus partícipes restrinjam entre si a atividade sexual. A “conjugalidade” que surge daí finda por garantir a conformação deste núcleo social diferenciado e que conta com o apanágio do Estado, como mencionado na introdução do voto condutor.

Trata-se, a bem da verdade, de uma forma de apropriação da sexualidade que, no aspecto mais básico ou primitivo, está associada à vazão de impulsos ou necessidades fisiológicas, traduzida, neste particular, como

erotismo.

Entretanto, esta é, segundo Richard Posner (1998, p. 111), em profundo estudo dedicado ao tema em sua obra *Sex and Reason*, apenas uma das suas três finalidades detectáveis:

Let us begin by considering the ends that sex serves and then the means of serving those ends, that is, the practices themselves. The ends fall into three groups, which I shall call procreative, hedonistic, and sociable. The first is obvious. The second has two cells. One is relief from the urgency of sexual desire; the analogy is to scratching an itch, or drinking water when one is thirsty. The other is erotica, the deliberate cultivation of the faculty of sexual pleasure; the analogy is to cultivating a taste for fine music or fine wine.

The third group of sexual ends, the sociable, is the least obvious. It refers to the use of sex to construct or reinforce relationships with other people, such as spouses or friends.

Isso corrobora o argumento já levantado de que o paradigma utilizado é reducionista, ao cingir-se apenas à afetividade como móvel pelos quais dois indivíduos resolvem estabelecer uma relação, na qual apenas um dos componentes é também a interação sexual<sup>70</sup>.

Ainda segundo aquele autor (Posner, 1998, p. 112), o casamento – e por via de consequência, repita-se, a união estável, dada a similitude ontológica – pode ser classificado, no tocante ao grau de fraternidade presente, em *companiate* e *non companiate*, reforçando o raciocínio de que tão só a afetividade não serve de critério suficiente para a conformação da união

<sup>70</sup> De forma mais abrangente, outros atrativos motivam os indivíduos a procurar estabelecer um casamento, manifestando-se, por exemplo, na disponibilidade dos parceiros em relação à criação da prole decorrente ou no tocante ao eventual somatório das rendas e a perspectiva de um suporte financeiro. Neste contexto, é possível falar de um verdadeiro “marriage market” (Posner, 2009, p. 159-168) a fim de caracterizar os incentivos listados para se estabelecer uma união deste tipo a fim de guiar a decisão em convolá-la ou não, circunstância que se mostra compatível aquele aporte já situado quanto a sua natureza mercadológica não-explicita (Posner, 2010a, p. 73-74).

estável como relação de natureza familiar, devendo, pois, ser abarcada pelas consequências advindas do reconhecimento desse status pelo Estado.

Em uma “teoria econômica da sexualidade” (Posner, 1998, p. 03), isso implica a necessária tomada de consciência a respeito de todos os elementos de alguma maneira distintivos e que redundam nos efeitos sensíveis quanto aos benefícios e os custos dos envolvidos nessas interações.

Neste contexto, a ressalva de Gary Becker (1978, p. 207), como visto um dos precursores da economia comportamental, demonstra bem o horizonte de tratamento da matéria:

Following recent developments in the theory of household behavior, I assume that utility depends directly not on the goods and services purchased in the market place, but on the commodities produced “by” each household.

[...]

Household-produced commodities are numerous and included the quality of meals, the quality and quantity of children, prestige, recreation, companionship, love and health status.

É a partir desta conjuntura que o extremado subjetivismo perfectibilizado pelo sentimento se convola, com o amálgama desses outros elementos num ambiente de razoável complexidade, em status jurídico aferível pelas obrigações reveladas objetivamente na conduta tipificada pelas normas de regência, a exemplo do dever de fidelidade recíproca, coabitão, assistência mútua, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e considerações mútuos em se tratando de casamento. Retoma-se, aqui, a referência ao artigo 1.566 do Código Civil e também quanto a todos os interesses envolvidos por ocasião do engajamento em uma relação como esta, não tão compreensível como um “quase-contrato” (Posner, 1998, p. 244).

No caso da união estável, a parte final tanto do dispositivo que trata

do tema naquele mesmo diploma quanto do disposto na Constituição Federal, ao mencionar a facilitação da sua conversão em casamento, demonstram que os mesmos caracteres devem ser assumidos pelos contratantes, aos quais se juntam a publicidade e a continuidade do enlace de acordo com o primeiro artigo da Lei no 9.278/96, que regulamenta o parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal, e que por isso deveria ser trazido à lume em qualquer discussão sobre a temática.

Assim é possível conjecturar que a ausência de parâmetros precisamente delineados ou de regras que permitam a facilitação da circulação do patrimônio amealhado durante a convivência coloquem os parceiros em situação pior do que a anterior no momento do rompimento do vínculo, justamente graças àquela dificuldade no que tange à identificação precisa do aporte de bens que ocorre quando se considera a relação uma sociedade de fato.

O inverso também se mostra verdadeiro. Trabalhar com as presunções e premissas da união estável no que tange ao regramento da partilha de bens após o naufrágio da relação, se não coloca os partícipes em situação melhor, ao menos garante que eles não se perfilhem em cenário pior, adequando-se a fórmula de Pareto que permeia a maximização da riqueza enquanto indicativo de tomada de decisão para o caso.

Entre as duas alternativas, levando em conta os dois parâmetros até então traçados – tratar as relações homoafetivas como sociedade de fato ou garantir-lhes a mesma prerrogativa da união estável de casais heterossexuais – a segunda se mostra mais racional do ponto de vista de uma melhor alocação de recursos e à luz de uma análise econômica do direito.

## CONCLUSÃO

Ao analisar o percurso histórico-evolutivo da atuação do Supremo Tribunal Federal durante o período republicano é possível atestar que uma postura ativista se fazia presente, ao menos em caráter embrionário, a partir das crises institucionais vividas pela Corte junto aos demais Poderes. Inicialmente nos atritos com o Executivo, cujo principal exemplo se dá com a maleabilidade com a qual tratou a garantia constitucional do habeas corpus, e depois frente ao Legislativo, a partir da nova república, em função de uma pauta normativa levada à cabo em algumas ocasiões, principalmente uma década após a promulgação da Constituição de 1988.

Em certo sentido a ocorrência dessas tensões é provável, independentemente daquela qualificação, já que o poder político opera em um cenário de divisão formatada a partir da predominância do princípio que lhe serve de sustentação, havendo aqui e acolá o extravasamento de parte a parte a merecer correção sob pena de configuração ilegítima de seu exercício, pecado mortal acaso se continue raciocinando dentro dos moldes clássicos do “estado de direito” fundado na modernidade, onde o postulado montesquiano foi assumido como dogma.

Entretanto, o embate, por assim dizer, não é comum, pois os mecanismos inerentes aos freios e contrapesos em um sistema saudável, no qual os agentes políticos atuam, conscientes de seu papel, finda por conter, em grande parte, o gigantismo de uma função sobre a outra.

Foi isso o que não se viu à época do regime de exceção, onde a ação da Corte manteve-se refém do Executivo, ocupado pelos militares principalmente por meio do Ato Institucional no 02, salvo raríssimas ocasiões, como na insurreição contra a tentativa de ampliação do número de ministros, à semelhança do que ocorrera nos Estados Unidos pela atitude do

Presidente Roosevelt no evento que lá ficou conhecido como “switch in time to save the nine”.

De acordo com o argumentado no presente trabalho, esse déficit democrático foi cobrado e a balança pendeu para o outro lado, amparado por uma racionalidade normativa construída dogmaticamente a partir do princípio da força normativa da constituição, garantindo ao controle de constitucionalidade a cabo do STF um papel central na articulação e definição da pauta sócio-política, afirmando-se como um poder sobre os outros poderes, o que rende ensejo à desnaturação do princípio da tripartição como postulado apto a explicar a organização estatal.

Tratou-se de “restabelecer” a ordem democrática, identificando-a com a Constituição – agora um “estado constitucional”, portanto – com base nas clássicas lições do positivismo jurídico de Kelsen e Hesse, sem justificar-se, entretanto, o paradoxo que esse ajuste gera no contato com o “neoconstitucionalismo”, fundado na crítica ao formalismo do sistema jurídico que manchara, segundo noção corrente, a experiência sócio-política na Europa com base nas atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista.

Essa contradição, acaso real, consiste em insuflar prestígio a uma norma jurídica – uma “lei”, levando em conta que é disso que se trata a caracterização das constituições pós contenda Lassale/Hesse – como elemento de centralidade do ordenamento, que se espraia sobre todas as demais espécies normativas a ponto de condicionar a utilização destas aos seus padrões. Padrões esses os quais, por sua vez, ostentam um alto grau axiológico exemplificado na incorporação dos princípios como modalidade integrante do gênero jurídico-normativo, conforme estruturação que se lhe atribui esse “novo” Direito constitucional, com amplo acolhimento no Brasil.

Embora “neoconstitucionalismo” e “moralismo jurídico” não sejam

sinônimos, há uma forte relação entre eles justamente em função do apreço dado à integração dos valores no modo de conceber o sistema.

Assim os princípios constitucionais recebem aprioristicamente uma valência ética por intermédio da atuação hermenêutica.

A propósito de aplicar uma norma na resolução de determinado problema submetido à jurisdição, especialmente no judicial review, o operador buscaria primeiro a noção fornecida pela filosofia ou pela ciência política, como se esse processo pudesse lhe garantir a descoberta do verdadeiro significado desses conteúdos.

Assim, depois de acessado pelas técnicas também gestadas por e para a atividade interpretativa constitucional, em abandono aos mecanismos produzidos na hermenêutica clássica, converte-o em solução evidente, o que já se mostrou falacioso, seja pelo teste do tempo, seja pela própria existência de outros significantes que podem também aderir a esses axiomas e que porventura sejam defendidos por correntes que, em alguma medida, se contraponha à predileção do operador.

O raciocínio acima é reforçado pelo grau de heterogeneidade social, como acontece no caso brasileiro, a demonstrar que eventual consenso – de onde aquela verdade poderia ser extraída na medida da aceitabilidade geral sobre determinado padrão – nunca será obtido, como observado no exemplo do conflito entre os defensores do direito ao aborto e aqueles que se colocam a favor da vida, ambos portadores de argumentos racionais e razoáveis do ponto de vista filosófico.

Um exemplo dessa ubiquidade, desta feita no ambiente técnico processual, é a noção acerca da natureza da decisão proferida em sede de mandado de injunção, que mudou da água – “tese não concretista” que demonstrou o self restraint do STF ao reconhecer descaber-lhe permitir a fruição de um direito fundamental, se não apenas declarar a mora do Con-

gresso – para o vinho – “tese concretista” em caráter geral a fim de fixar a Corte suprema como centro produtor de normatividade.

Aliás, essa guinada iniciou a sanha totalizante do Judiciário em assumir as rédeas diretivas do país e que culmina com a importação e utilização do “estado de coisas inconstitucional”, não à toa considerado também mais uma ferramenta de interpretação.

De interpretação em interpretação o Judiciário, instância não representativa, na medida em que seus integrantes não são eleitos pelo voto popular, vai formatando a vida comunitária, inclusive impondo opções políticas em detrimento da concepção majoritária, fato também já justificado com argumentos de natureza filosófico-moral. A maioria deles, de caráter extremamente aberto, como visto no tópico anterior e também extremamente volátil, como será destacado no item dedicado à mutação constitucional – e a partir de institutos vazados em expressões em si mesmas contraditórias como “ditadura da maioria”, usada para fundamentar o papel “contramajoritário” da Corte constitucional.

Esse subjetivismo decisional, escamoteado pela utilização desses paradigmas teóricos, reforçam a ausência de legitimidade do Judiciário ativista.

O dilema, contudo, pode ser superado por meio de um antídoto: o ceticismo.

Essa postura não se reduz a uma incredulidade completa, sob pena de se cometer o mesmo equívoco da corrente de pensamento criticada ao longo deste trabalho, ao se colocar no extremo oposto. Seria irracional imaginar, por exemplo, que alguns valores sociais contemporâneos, como a liberdade, pudessem ser relativizados, permitindo que direitos sociais sejam mitigados ao ponto de fazer ressurgir a escravidão.

A postura defendida no âmbito do pragmatismo moderado, de

contribuição posneriana, desloca a atenção hermenêutica no plano jurídico da busca pela resposta correta para a averiguação de uma solução que se apresente como eficiente.

Esse viés, também recondiciona a compreensão sobre o próprio Direito, que deve ser percebido de acordo com o seu papel primordial e que foi esvaecido até o limiar de sua absorção por uma moral gnosiológica: servir de instrumento para o alcance das finalidades eleitas pela comunidade política.

Deste modo se posiciona cada estamento novamente em seu devido local, em uma perspectiva transdisciplinar e não tutelar sobre o jurídico, como pretendido pela ideologia “neoconstitucionalista”.

Resgatando aquele elemento instrumental, fica fácil compreender porque a Economia adere ao pragmatismo posneriano e, por via de consequência, ao ambiente hermenêutico para auxiliar o processo decisório.

Dentre as Ciências Humanas é ela em que se pode fiar o decididor a fim de garantir, por meio de seus postulados, uma compreensão mais assertiva, seja porque é o campo do conhecimento que estuda a alocação eficaz de recursos escassos – e o Direito lida diuturnamente com eles –, seja porque dispõe de algumas ferramentas que não são tão especulativas, como se dá no raciocínio filosófico.

Em um primeiro momento, estabelece-se um processo prévio de análise capaz de fornecer ao intérprete uma avaliação sobre a eficiência das regras utilizadas, compondo o que se chamou de “teoria econômica positiva”

No segundo, os cenários que podem ser providenciados a partir daquele diagnóstico são capazes de indicar probabilisticamente – lembre-se que a verdade não é o fim pretendido – como reorientar o ordenamento, reconhecendo-se um grau de prescritibilidade, congregando seus instru-

mentos no que foi denominado de “teoria econômico normativa”.

É aqui que a AED pode conjugar-se com o ativismo judicial.

O protagonismo judiciário, como fixado neste trabalho, corresponde à assunção do respectivo Poder como órgão político no sentido material do termo, ou seja, como Instituição que promove a leitura dos objetivos e fixa paradigmas normativos, influenciando diretamente nos destinos individuais.

Essa apropriação se deu na modulação de conceitos abstratos, a pretexto de resolver questões sensíveis, na colmatação da inércia do Parlamento e na correção de rota das políticas públicas a cargo do Executivo, tudo isso pela construção de um sistema de precedentes vinculantes capaz até de transmutar uma tradição secular, aproximando o ordenamento brasileiro, que antes centrava-se na “lei”, passando agora a pautar-se pela “decisão judicial” haurida na Corte suprema.

Ora, se essas atribuições genericamente contidas no epíteto “guardião da constituição” foram absorvidas e justificadas, é premente que o Judiciário, e, em especial, o STF assuma de vez o seu viés político e abandone a postura sub-reptícia de que o que vem promovendo se trata “apenas” de tradução do Texto fundamental, e não da sua própria reformulação.

Nesse contexto de aproximação do common law, dado o papel criativo do Judiciário, o referencial teórico deixou claro que a “análise econômica do direito” é apropriada para servir de metodologia para levar à frente esse desiderato, justamente porque exerce a função de fornecer regras ao sistema.

No caso americano, a justificativa é a vocação instrumental do raciocínio jurídico dos magistrados, ao estabelecer os precedentes a partir dos casos particulares, posteriormente utilizados justamente porque funcionaram para a situação anterior.

Aqui, embora existam algumas peculiaridades dignas de nota em relação àquela metamorfose, como destacado no desenvolvimento, o common law à brasileira, conjugado à diretriz da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que manda atentar para os fins sociais de sua atividade, permite conjecturar sobre a apropriação que a Judicatura deve realizar no tocante aos mecanismos propostos pela AED, dentre eles o “princípio da maximização da riqueza”.

A influência da “Análise Econômica do Direito” expande-se, assim, com a transformação desse postulado em matriz ética.

Sua avaliação, no sentido da eficiência, também pode ser aferida em circunstância mais objetiva a partir da superioridade de Pareto, bastando, para tanto, analisar se ao menos um dos evolvidos nas relações cujos padrões estão fixados no Direito está em situação melhor, sem que a situação do outro tenha piorado.

Segundo as premissas teóricas, os indivíduos agem racionalmente – não necessariamente de forma onisciente ou conscientemente – a fim de potencializar os seus ganhos, os quais não se restringem, por sua vez, ao elemento monetário ou patrimonial, aproveitando diversas oportunidades.

Isso se manifesta em vários contextos, inclusive por ocasião da eleição do parceiro sexual, como referendado pela visão econômico-comportamental.

Associar “família” à amorosidade, dentre outros sentimentos altruísticos, apesar de desejável, não é realista, sabendo-se que, em muitas ocasiões, o substrato psicossocial que liga seus elementos constituintes é vicioso e destrutivo e nem por isso o reconhecimento da entidade enquanto tal se mostra desnaturado.

No caso estudado, e que serviu de paradigma para uma análise al-

ternativa com base naquele postulado, o excesso de subjetivismo empregado pelo relator, a pretexto de dar efetividade ao princípio da isonomia, foi substituído pela objetividade garantida na constatação da eficiência de Pareto. Afinal, a presunção de partilha do patrimônio em comum, baseada na presunção de divisão percentual, facilita a dissolução dessas uniões, ao mesmo tempo que permite uma adequação segura a respeito das regras que envolve os seus participantes.

Isso se mostra coerente, ainda, com o pragmatismo jurídico de matriz posneriana, que não se compraz com a visão de que a aplicação de uma “regra” jurídica se apresente por meio de qualquer atividade puramente intelectual, mas a partir dos elementos práticos. Observe-se que um dos defeitos listados na fundamentação do voto condutor das ações constitucionais que ampliaram os efeitos da união estável diz respeito à omissão das causas fáticas pelas quais o problema chegou ao STF, sem falar na natureza privatistas e, portanto, mais prosaica do dilema enfrentado, e que também foi ignorada pelo Ministro relator sem qualquer explicação plausível.

A discussão até poderia envolver a questão da igualdade, mas pela ótica da luta dos movimentos civis por equidade no tocante às relações homoféticas, outro elemento empírico que serviria para garantir um maior ponto de contato dos fundamentos com a realidade, e como isso impactaria no ambiente social, circunstância também de natureza econômica e com a qual o Direito tem que lidar a fim de permitir, inclusive, o controle sobre a atuação judicial, na medida em que ela representa uma influência direta pois de alguma maneira finda por aderir custos as essas transações.

Não se trata de mera troca de paradigmas, assentada na pressuposição de que a AED e o pragmatismo que lhe serve de substrato é melhor porque se trata do referencial aqui adotado, mas porque esse viés exige uma postura precedida de informações suficientes para gerar um raciocínio em prol da isonomia, ou de qualquer outro valor fundamental que se pretenda utilizar como justificativa para decidir.

A análise original que legou a conclusão em prol do reconhecimento da união estável para os casais homoafetivos não é pior só porque baseada em critérios colhidos do moralismo jurídico, mas porque lastreada em argumentos circulares, em aporias e contradições – uma delas associada à desconsideração implícita do entendimento jurisprudencialmente consolidado no STF acerca da não aceitação da existência de normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, de hierarquia entre preceitos do Texto fundamental original.

Isso significa que, antes de uma avaliação propriamente jurídica, deveria o decididor buscar informações pertinentes ao tema, a partir de subsídios apropriados e não pseudo-empíricos, como retratado no voto, circunstância que faz parte da atuação com base na AED a partir daquela perspectiva empírica.

O Direito, como demonstrado na crítica acerca das soluções dos casos difíceis em sociedades heterogêneas, tem limitações.

Isso sugere que as soluções encampadas pelos Órgãos judiciais devem ser lastreadas em instrumentos que supram essas deficiências, o que pode ser realizado metodologicamente com o aporte daqueles referenciais econômicos, circunstância capaz de objetivar a sua atuação política.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato de decisão judicial**: uma irracionalidade disfarçada. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Érico Araújo. **STF e poder moderador**: política à margem do poder constituinte na atuação do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção Democrática das Políticas Públicas de Atendimento dos Direitos Sociais com a Participação do Judiciário. In MACHADO, Felipe e CATTONI, Marcelo (coord.) **Constituição e Processo**: entre o Direito e a Política. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011)

BECKER, Gary S. **The economic approach to the human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTELHO, André e SCHAWARCZ, Lília Moritz. Cidadania e direitos: aproximação e relações. BOTELHO, André e SCHAWARCZ, Lília Moritz (orgs.). **Cidadania, um projeto em construção**: minorias, justiça e direitos. São Paulo: Claroenigma, 2012.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**: a constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 532/DF**, de 16 de julho de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5506939>. Acesso em 04/03/2019.

BRASIL. Senado Federal. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília, DF, 20 abri. 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/redacao.pdf>, acesso em 14/22/2019.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ati-

vismo judicial do Supremo Tribunal Federal in FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial. Mato Grosso**: Juspodivm, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias e CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law in. MARENINI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Bahia: Juspodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade**: uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1978.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do Direito:** temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: do Formalismo ao Axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF in MACHADO, Felipe e CATTONI, Marcelo (coord.) **Constituição e Processo:** entre o Direito e a Política. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011)

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo:** acerca da tese realista de que o direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Editora UFPB, 2015.

G1 POLÍTICA. **Redução da maioridade penal é aprovada por 87%, diz Datafolha.** g1.globo.com, São Paulo, 22/06/2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/reducao-da-maioridade-penal-e-aprovada-por-87-diz-datafolha.html>. Acesso em: 05/02/2019

GASPARI, Élio. **A ditadura acabada.** Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

GUSMÃO, Hugo César de Araújo. A posse ad hesse: uma análise dos pressupostos históricos conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica. In:

NOVELINO, Marcelo; ALMEIDA FILHO, Agassiz (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional:** Teoria do Estado. Salvador: Juspodivm, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, n. 1, 2004.

HOBSBAW, Eric. **The age of revolution**. New York: Vintage Books, 1996.

HOBSBAW, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras: 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Leme: EDIJUR, 2016.

LEITE, Glauco Salomão. **Jusristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, p. 25-45, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valeria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NADAL, Fábio. **A constituição como mito:** o mito como discurso legitimador da constituição. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de Oliveira. **STF:** do autoritarismo à democracia. Rio de Janeiro: Elsevier FGV, 2012.

PAINÉ, Thomas. **Senso comum.** São Paulo: Martin Claret, 2005.

PAINÉ, Thomas. *Rights of man*. Grã-Bretanha: Pelican Books, 1969.

PEIRCE, Charles Sanders. **Algunas consecuencias de cuatro incapacidades.** unav.es. Navarra, 2011. <https://www.unav.es/cep/AlgunasConsecuencias.html#nota1>. Acesso em 26/02/2019.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010. (a)

POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Direito, Pragmatismo e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010. (b)

POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2010. (c)

POSNER, Richard Allen. **How judges think.** Cambridge: Harvard University Press, 2010. (d)

POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law.** 9 ed. New York:

Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Sex and Reason**. 4 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre stare decisis. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Bahia: Juspodivm, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REDAÇÃO GALILEU. **5 coisas que você não sabia sobre a pedofilia**. revistagalileu.globo.com. Rio de Janeiro. 08/07/2016. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2016/07/5-coisas-que-voce-nao-sabia-sobre-pedofilia.html>. Acesso em: 14/02/2019

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I/1891-1898: Defesa das Liberdades Civis. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo III/1910-1926: Doutrina Brasileira do Habeas Corpus. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo IV – vol. I/1930-1963. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTORO, Emílio. **Estado de direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Bruno Calife e BARROS, Cláuber. **APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO CONTEXTO BRASILEIRO:** uma análise crítica a partir do instituto da súmula vinculante. Disponível em: <https://www.abrasd.com.br>. 10/21 de novembro, Vitória. [https://docs.wixstatic.com/ugd/203511\\_b7060c02cce54d20b75e-7be2794a7188.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/203511_b7060c02cce54d20b75e-7be2794a7188.pdf). Acesso em 02/03/2019

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa.** 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TATE, Neal; VALLINDER, Tobjorn. **The global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto et al. **Novo CPC:** fundamentos e sistematização. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador.** Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laem-mert, 1862.

WOOD, Gordon Stewart. **A revolução americana.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

Este livro foi editorado com as fontes Crimson Text e Montserrat.  
Publicado on-line em: <https://repositorio.ufms.br>



ISBN 978-85-7613-738-2



788576 137382

